FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DROIT ROMAIN

DES PARTICULARITÉS JURIDIQUES DES SOCIÉTÉS DE PUBLICAINS

DROIT FRANÇAIS

LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

DOMINIQUE DURANDY

Avocat

NICE
IMPRIMERIE ET STÉRÉOTYPIE SPÉCIALE DU "PETIT NIÇOIS"
43, boulevard Dubouchage, et 15-17, rue St-Michel

1893

Thèse d'Aix
1893.

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DROIT ROMAIN

DES PARTICULARITÉS JURIDIQUES DES SOCIÉTÉS DE PUBLICAINS

DROIT FRANÇAIS

LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

BIBLIOTHEEK RIJKS UNIV. LEIDEN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

DOMINIQUE DURANDY

Avocat

NICE

IMPRIMERIE ET STÉRÉOTYPIE SPÉCIALE DU "PETIT NIÇOIS"

43, boulevard Dubouchage, et 15-17, rue St-Michel

1893

A MA GRAND'MÈRE

A MON PÈRE

A MON BEAU-PÈRE ET A MA BELLE-MÈRE

A MA FEMME

I

DROIT ROMAIN

DES PARTICULARITÉS JURIDIQUES DES SOCIÉTÉS DE PUBLICAINS

DES PARTICULARITÉS JURIDIQUES

DES

SOCIÉTÉS DE PUBLICAINS

INTRODUCTION

L'association répond à un instinct de l'homme, qui a bien vite senti que, réduit à ses forces individuelles, il ne saurait jamais dompter les forces rebelles de la nature. Le premier conseil que lui a donné la raison a été de chercher autour de lui l'aide et l'appui de son semblable. Il est donc naturel de penser que l'association a été connue et pratiquée chez tous les peuples policés, surtout chez ceux où nous voyons la civilisation se développer avec éclat et produire des chefs-d'œuvre que nous admirons encore aujourd'hui. Les monuments qui nous restent de l'antiquité romaine nous permettent d'apprécier là, mieux que partout ailleurs, le rôle qu'elle a joué et le mécanisme de son organisation.

Les Romains ont appliqué l'association aux objets les plus divers, aux grandes comme aux petites choses, aux opérations les plus simples comme aux plus compliquées. On retrouve dans leur législation des sociétés dont le but était : les spéculations sur les immeubles (*V. Cicéron, Pro Quintilio*) ; les entreprises de construction : *item, si in communem rivum reficiendum impensa facta est, pro socio esse actionem ad recuperandum sumtum, cassius scripsit* (1) ; les transports maritimes, *si plures cnavem xerceant, cum*

(1) L. 52, parag. 12. *Pro Socio.* D.

quolibet eorum in solidum agi potest (1) ; le commerce des denrées et même celui qui avait pour objet le commerce des esclaves, *Societatem coire solemus..... aut unius negotiationis veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique* (2) ; les profits à retirer de l'exercice d'une profession, par exemple, de la profession de grammairien, *duo societatem coierunt ut grammaticam docerent...* (3) ; la banque, *duo erant argentarii socii* (4) ; les fournitures à faire aux armées, *quidam sagariam negotiationem coierunt* (5), etc., etc.

Toutefois, le contrat de société ne semble pas avoir joui à Rome, au point de vue commercial, de l'importance qu'on lui reconnaît aujourd'hui. C'est que les Romains se faisaient de l'association une idée différente de la nôtre. Ils n'y voyaient pas, comme nous, une association de capitaux, destinés à *faire une affaire*, mais bien une communauté, en quelque sorte fraternelle, de personnes qu'unissaient des sentiments d'amitié réciproque : *affectione societatis incidimus in communionem.....* (6), *.....cum societates jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (7).

Il est cependant une classe de sociétés qui occupent à Rome une place à part ; ce sont les sociétés de Publicains. Ces sociétés, composées le plus souvent de chevaliers, avaient pour but de prendre à ferme les impôts ou d'autres droits appartenant à l'Etat, dans les provinces. Elles sont remarquables par leur constitution originale, leur personnalité morale et l'influence politique qu'elles ont exercée sur la domination romaine. Elles nous présentent cet intérêt considérable de contenir en germe la plupart des particularités de nos sociétés par actions modernes.

Mais, il convient, afin de rendre plus compréhensibles et plus évidentes les particularités remarquables de ces

(1) L. 1, parag. 25. *De exercit. act.* D.
(2) *Institutes. De societate*, pr.
(3) L. 71, *Pro Socio.* D.
(4) L. 52, parag. 5, *Pro Socio.* D.
(5) L. 52, parag. 4, *Pro Socio.* D.
(6) L. 51, *Pro Socio.* D.
(7) L. 63, *Pro Socio.* D.

sociétés de publicains, de jeter un rapide coup d'œil sur les principes généraux qui régissent à Rome le contrat de société. Nous pourrons ainsi plus facilement, grâce à des comparaisons successives, faire ressortir les dérogations au droit commun que nous allons rencontrer au cours de cette étude.

DIVISION

CHAPITRE I. — **Considérations générales sur le contrat de société à Rome.**

CHAPITRE II. — **Objets des sociétés de Publicains.**

CHAPITRE III. — **Nature juridique des sociétés de Publicains. Leur organisation intérieure.**

CHAPITRE IV. — **Manifestations extérieures de la société. Rapports avec les choses et les tiers.**

CHAPITRE V. — **Rapports des associés entre eux.**

CHAPITRE I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ A ROME

La société est du petit nombre des contrats qui se forment et deviennent réciproquement obligatoires par le seul consentement des parties : *societatem coire et re, et verbis, et per nuncium posse nos, dubium non est* (1).

Elle se divisait, quand à son objet, en deux classes principales : la société universelle et la société particulière. Chacune de ces deux classes se subdivisait à son tour. Ainsi on distinguait la société universelle de biens (*omnium bonorum*), et la société universelle de gains (*universorum quæstuum*). La première embrassait tous les biens, appartenant aux associés ou qui pouvaient leur advenir d'une façon quelconque. C'est ainsi que, dès l'instant du contrat, et sans qu'il y eût besoin de recourir à la tradition, la propriété et les droits réels qu'avait chaque associé devenaient communs entre tous, *in societate omnium bonorum omnes res, quæ coeuntium, continuo communicantur. Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire* (2). La seconde ne comprenait que les gains réalisés par les associés, mais non les biens qui pouvaient leur advenir par hérédité, legs ou donation : *quæstus enim intelligitur,* dit Paul, *qui ex opera cujusque descendit* (3).

(1) L. 4. *Pro Socio.* D.
(2) L. 1 et 2. *Pro Socio.* D.
(3) L. 8. *Pro Socio.* D.

La société particulière se subdivisait en trois espèces qu'Ulpien désigne ainsi : *sive negotiationis alicujus, sive vectigalis, sive etiam rei unius.* (1) La société *negotiationis alicujus* était celle qui avait pour objet une série illimitée d'affaires de la même espèce. La société *rei unius* consistait à mettre en commun un ou plusieurs objets déterminés, mais dans ce cas la propriété n'en était pas commuiquée de plein droit, par le seul effet du contrat, il fallait pour cela employer un des modes d'acquisition ordinaire (2). Quant à la société *vectigalis* (société de publicains), c'était celle qui se formait pour la ferme des revenus publics, *vectigalia*, ainsi que nous l'avons déjà indiqué. Ulpien en faisait une classe à part parce qu'elle était soumise à des règles spéciales dérogeant au droit commun qui régissait le contrat de société.

Toute société devrait, pour se constituer, réaliser les conditions suivantes :

1° Volonté des parties de constituer une société, c'est là ce que les textes appellent l'*affectio societatis.*

2° Obligation pour les associés d'effectuer un apport. Cet apport peut consister soit dans des choses corporelles, soit dans des choses incorporelles telles que l'industrie ou le crédit.

3° Droit pour chaque associé de réclamer une part dans les bénéfices. Mais on pouvait valablement stipuler que l'un des associés ne supporterait rien dans les pertes : *ita coiri societatem posse, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit.* (3).

4° La société doit avoir un but licite.

Si maintenant nous voulons grouper les carac-

(1) L. 5. *Pro Socio.* D.
(2) L. 58 pr. et paragraphe I. *Pro Socio.* D.
(3) L. 29. *Pro Socio,* D.

tères distinctifs du contrat de société, nous pouvons dire que :

1° Le contrat de société est un contrat consensuel; de bonne foi et synallagmatique.

2° La société implique entre les associés des rapports de confiance réciproque, un *jus fraternitatis*. Il suit de là que les associés doivent se comporter et se traiter en frères.

C'est pourquoi l'associé poursuivi par son associé, jouit, au moins en règle générale, de l'exception *quod facere potest*, grâce à laquelle il n'était condamné que dans la mesure de ses moyens : *quo minus possint, condemnari opportere ; hoc enim summam rationem habet, cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat* (1). C'est pour la même raison que le règlement relatif à la répartition des gains et des pertes, peut, dans certains cas, être attaqué comme contraire à l'équité.

3° Le contrat de société se forme *intuitu personæ*, c'est-à-dire que chacun prend plus ou moins en considération les qualités personnelles et les aptitudes spéciales de ses coassociés, *certam personam sibi elegit*, disent les Institutes (2).

Ce dernier caractère du contrat de société entraîne des conséquences d'une importance considérable :

a) La société romaine ne constitue pas une personne morale distincte de la personne même des associés. Les Romains déclarent qu'il ne saurait y avoir de personne morale sans une autorisation législative, *neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus heberi conceditur : nam et legibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur* (3). Cela revient à dire qu'en principe les sociétés n'ont pas de person-

(1) L. 63. *Pro Socio*, D.
(2) Institutes. *De Societ*, pg. 5.
(3) L. I. *Quod cujusc. univers. nom*, D.

nalité et cette assertion se trouve corroborée par les textes.

b) On ne connaît pas à Rome la représentation des associés par des mandataires qu'ils choisissent ; chacun des associés a un droit égal à participer à la gestion sociale. Chacun d'eux pourra donc prendre l'initiative d'une opération, et il se trouvera seul engagé vis-à-vis des tiers. Mais grâce à l'action *pro socio* il devra, s'il réalise un bénéfice, le partager avec ses coassociés.

Par exception, s'il s'agit de banquiers, *argentarii*, l'idée de la représentation avait fait admettre que le tiers qui a traité avec l'un des associés pourrait poursuivre *in solidum* tous les associés, alors même que l'associé qui avait traité n'avait pas reçu des autres mandat d'agir pour eux.

Mais que décider si l'associé qui a traité, était le mandataire de ses coassociés ? Longtemps les tiers ne purent agir directement contre les associés avec lesquels ils n'avaient pas traité, et ceux-ci se trouvaient également sans action. Dans le dernier état du droit, le législateur permit l'emploi d'actions données *utilitatis causa*.

c) La société se trouve dissoute par la mort naturelle de l'un des associés. Les associés survivants pourront se réunir et former une société nouvelle. Le contrat primitif pourra même coutenir une clause portant que la société continuera, quoique privée d'un de ses membres. Mais cette clause n'a d'effet qu'entre les survivants. A l'égard des héritiers du défunt, une convention nouvelle est toujours nécessaire pour les faire entrer en sa place, et cela vient de ce qu'ils n'ont pu, inconnus qu'ils étaient, avoir, dès l'origine, la confiance des autres associés, *nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit, plane si hi, qui sociis heredes*

exstiterint, animum inierint societatis in ea hereditate novo consensu, quod postea gesserint, efficitur, ut in pro socio actionem deducatur (1).

La société se trouve également dissoute par l'intention que manifeste l'un des associés de se retirer (2). Les textes disent qu'il y a dans ce cas *renuntiatio* d'un associé. Il faut toutefois que cette détermination ne blesse en rien la promesse de bonne foi que les associés se sont faite réciproquement. S'il en est autrement, l'associé qui se retire perd ses droits sans cesser d'être obligé à l'égard de ses coassociés, *socios liberat a se, non se liberat a sociis* (2).

La *capitis deminutio (maxima et media)*, qui détruisait la personne juridique et emportait une sorte de mort civile, avait également pour effet de dissoudre la société puisque la personnalité de l'un de associés venait à disparaître, *dicitur et capitis deminutione solvi societatem, qui civili ratione capitis deminutio morti æquiparari dicitur* (3).

Enfin, c'est à cause du principe de l'*intuitus personæ* que la société se trouvait dissoute par la ruine *(egestas)* de l'un des associés, *dissociamur... et egestate* (4). Il en résultait que tout ce qui emportait pour un associé la perte de ses biens était une cause de dissolution. Dans l'ancien droit, la *bonorum venditio* était assimilée à une sorte de *capitis deminutio*, son effet était de faire disparaître la personne juridique de celui dont les biens étaient vendus (5). Sous Justinien la *bonorum venditio* n'existe plus, mais la *bonorum cessio*, quoique moins rigoureuse, produit encore un effet analogue et dissout la société (6).

Nous ne faisons qu'indiquer les autres causes de

(1) L. 35 et 37. *Pro Socio*. D.
(2) L. 65, pag. 5 et 6. *Pro Socio*. D.
(3) Gaius. Comm. III. pg. 153.
(4) L. 4. *Pro Socio*. D.
(5) Gaius. Comm. III. pg. 154.
(6) L. 65, pg. 12. *Pro Socio*. D.

dissolution de la société, parce qu'elles ne sont que l'application du droit commun. 1° la perte de la chose ou la modification de sa substance; 2° la terminaison de l'affaire; 3° le terme fixé si la société avait été contracté avec limitation de temps. Dans le cas où elle aurait eté contractée sans aucune limitation de temps, elle était censée devoir durer toute la vie des associés: *societas coiri potest, vel in perpetuum, id est, dum vivunt* (1). Mais on n'admettait pas que la société pût durer éternellement, *nulla societatis in œternum coitio est* (2); 4° le mutuel dissentiment.

Nous verrons dans la suite des études que nous allons faire, comment les sociétés de Publicains présentent des exceptions remarquables aux règles générales que venons de formuler.

(1) L. 1. *Pro Socio.*
(2) L. 70. *Pro Socio.* D.

CHAPITRE II

DE L'OBJET DES SOCIÉTÉS DE PUBLICAINS

En matière de perception d'impôts, *vectigalia*, les Romains ont fait appel à la méthode du fermage. Le gouvernement accordait à des citoyens (ordinairement des chevaliers) constitués en sociétés, le droit de percevoir, pendant une durée maximum de cinq ans, les redevances d'une catégorie déterminée, moyennant le versement au trésor d'une somme fixe. Chargées ainsi de procéder au recouvrement des *vectigalia*, ces sociétés prenaient naturellement le nom de *societates vectigalium*. Elles affermaient également, contre des redevances fixes, l'exploitation des mines et salines de l'Etat, ou les travaux publics ; aussi, sous la dénomination générale de Publicains, comprenait-on tous ceux qui, à un titre quelconque, percevaient les revenus de l'Etat, *publicani ita appellati quia publico fruuntur* (1).

Quels étaient ces *vectigalia* dont la perception constituait l'objet de la société de publicains ?

Le peuple romain avait été vite obligé de recourir aux ressources de l'impôt, pour faire face aux dépenses occasionnées par ses guerres de conquête.

Sous la République, l'Etat trouvait ses ressources dans les revenus des domaines publics, les contributions en nature, les corvées et quelques impôts en argent payés à la rentrée et à la sortie des marchandises, ou perçus sur la vente de certaines denrées.

(1) L. 1. pg. 1. *Pro Socio*. D.

Sous les rois, l'impôt régulier, assis sur le cens, était payé par les Plébeiens ; son nom même, *tributum*, était dérivé de celui des tribus de cet ordre. C'était une taxe variable avec les besoins de l'Etat.

La principale source des impôts découla des conquêtes. Lorsque les Romains avaient soumis quelque peuple voisin, ils lui accordaient la paix à différentes conditions. Ou bien, ils dépouillaient les vaincus de tout ou partie de leur territoire, qu'ils adjoignaient au domaine public, *ager publicus*. Les revenus de l'*ager* formaient la branche principale des recettes de l'Etat, qui les faisait valoir, soit comme biens propres, soit en les donnant à bail emphytéotique.

D'autres fois, des colonies étaient établies sur le territoire conquis, au profit du peuple de Rome ou des vétérans des légions. Les colonies manifestaient leur dépendance par le paiement d'un impôt, le plus souvent perçu en nature.

D'autres fois enfin, les Romains rendaient les territoires conquis à leurs anciens propriétaires, à la charge pour eux de payer annuellement soit un *vectigal certum*, taxe fixe, payable en argent ou en nature, soit une quote-part du produit brut, fixée le plus souvent à un cinquième du produit des fruits et à un dixième de tous les autres produits. Que les terres des peuples vaincus fussent confisquées et vendues, ou qu'elles fussent, au contraire, rendues à leurs anciens possesseurs, l'Etat se réservait toujours une sorte de *domaine éminent*. C'est en vertu de cette fiction que le peuple Romain s'attribua le droit de lever sur les terres provinciales un impôt foncier qui représentait, en définitive, le prix de la jouissance que l'Etat accordait aux particuliers. Là était la distinction du sol provincial d'avec le sol italique, qui avait le privilège de la propriété romaine et était exempt d'impôt foncier. Cet état de chose dura jusqu'à Dio-

clétien. Cet empereur, dans un but purement fiscal, étendit aux provinces les privilèges du *jus italicum*, mais en revanche il soumit à l'impôt foncier les terres qui jusque là en avait été exemptées.

Il arriva un moment où, en raison de l'extension considérable des pays conquis, les citoyens romains furent déchargés de l'impôt foncier qui continua à peser sur les provinces.

Il faut ranger au nombre des *vectigalia* les impôts importants qui frappaient le bétail qui paissait dans les pâturages du domaine public.

Sous la royauté, des droits de douane furent imposés aux marchandises qui entraient à Rome ou à Ostie. Ces droits furent plus tard étendus à toutes les provinces de la République sous le nom de *portoria*.

Les *Vectigalia*, dit Ulpien, comprenaient encore l'impôt sur les denrées de consommation ou sur les objets adjugés aux enchères ; l'impôt sur le sel ; l'impôt qui frappait les mines et carrières appartenant aux particuliers : *publica vectigalia intelligere debemus ex quibus vectigal fiscus capit ; quale est vectigal portus, vel venalium rerum : item salinarum et metallorum et picariarum* (1).

Citons enfin, le droit du vingtième perçu sur les ventes et affranchissements des esclaves ; le prélèvement du vingtième sur les successions ; certains impôts célèbres, tels que l'impôt sur les égoûts, sur les colonnes, portes et fenêtres, sur les artisans et commerçants d'objets de luxe, sur les célibataires et les veuves qui ne voulaient pas se remarier.

L'Etat romain, en possession de territoires immenses, avait senti bien vite la nécessité de recourir à l'initiative privée pour assurer le recouvrement normal de l'impôt et l'exécution des grands travaux publics. Le moyen qu'il employa fut l'adjudication. On affer-

(1) L. 17. *De Verb. Signi.* D.

mait ou plutôt on vendait les *vectigalia* à des particuliers, moyennant le paiement d'une somme fixe que ceux-ci s'engageaient à payer. Les censeurs autrefois, les consuls plus tard, faisaient afficher à Rome les lois et les conditions de la vente, le cahier des charges, *lex censoria*. Les enchères étaient suivies à Rome, au Forum. La durée du bail était fixée à cinq ans et sous Constantin à trois ans. A la dernière année seulement, les adjucataires, *mancipes*, devaient acquitter leurs dettes envers l'Etat ; cette dette était garantie par une caution, et les biens des adjudicataires étaient frappés d'une hypothèque tacite.

Ces adjudicataires appartenaient à l'ordre des chevaliers ; plus tard, ils se recrutèrent dans les rangs de tous les citoyens riches. Les chevaliers formaient entre eux des sociétés afin de réunir les capitaux nécessaires à de si vastes entreprises et suffire au travail d'administration et de surveillance. Quelquefois même, les chevaliers traitaient avec des tiers, *participes*, qui leur fournissaient les capitaux nécessaires. La société de Publicains était alors assez analogue à notre commandite moderne, puisqu'elle offrait l'union des capitaux et de l'industrie, en qualité d'associés distincts.

Les Publicains demeurèrent tout puissants jusqu'à l'Empire. A cette époque, les impôts directs passèrent des mains des Publicains dans celles des fonctionnaires du gouvernement. Toutefois, les impôts indirects continuèrent à être perçus par les anciens traitants, dont l'organisation ne semble pas avoir subi de changements importants. *penes illum vectigalia manere oportet, qui superior in licitatione exstiterit* (1).

(1) L. 4. *De Vectig. et comm.* Code.

CHAPITRE III

NATURE JURIDIQUE DES SOCIÉTÉS DE PUBLICAINS LEUR ORGANISATION INTÉRIEURE

1° Nature juridique des sociétés de Publicains

Nous avons déclaré, dans notre chapitre I, que les sociétés romaines ne jouissaient pas, en principe, de la personnalité civile, qu'il fallait, pour leur accorder un tel caractère, un acte émanant de l'autorité supérieure. Cette règle générale se comprend aisément, puisque les sociétés n'étaient pas à Rome des associations de capitaux, mais bien des unions de personnes, que rapprochaient des liens d'affection réciproque. Or, et c'est ici que la société de publicains se détache nettement des sociétés communes, il est aujourd'hui généralement reconnu que la société de publicains se présentait comme une personne morale, analogue aux municipes et aux différents collèges religieux. C'est ce que Gaius lui-même reconnaît expressément. Après avoir posé en principe qu'une société qui découle de l'œuvre privée des parties, ne peut s'élever au rang de personne morale sans l'intervention de l'Etat, le jurisconsulte examine quelles sociétés l'Etat a revêtues de ce caractère, et il écrit : *ut ecce, vectigalium publicorum sociis permissum corpus habere ; vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romæ certa sunt, quorum corpus senatus consultis et principalibus constitutionibus confirmatum est veluti pistorum* (1).

(1) L. 13. *Præscr. verb.* D.

Ce caractère essentiel aux sociétés de publicains et dont on va comprendre aisément l'importance domine tout notre sujet.

Une personne morale est un être fictif, et l'Etat en lui donnant la vie ne fait que conférer à tout un groupe d'individus les droits et les pouvoirs reconnus à l'individu. Une fois régulièrement constituées, les personnes morales sont aptes à avoir des droits ou des obligations. Mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit en somme d'une création artificielle du législateur, d'une entité juridique, distincte de la personne même de ceux qui la composent. Les associés jouent par rapport à elle, sur certains points, le rôle de tiers ; c'est elle qui est propriétaire, créancière ou débitrice et non les membres qui la composent.

Dès lors, il existe un intérêt considérable à savoir si, en droit romain, comme l'ont soutenu certains auteurs, toute société constituait une personne morale, ou si la société de Publicains et celles qui lui sont assimilées jouissaient seules, de cette prérogative.

Ceux qui soutiennent que toute société romaine constitue une personne morale, ont cherché à asseoir leur théorie sur les termes même de deux textes empruntés au Digeste : l'un de Florentinus, l'autre d'Ulpien.

Florentinus s'exprime ainsi : *mortuo reo promittendi, et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest ; quia hereditas personæ vice fungitur ; sicuti municipium, et decuria et societas* (1).

Ulpien reconnaît aux sociétés le droit de recourir à la *bonorum possessio* : *A municipibus, et societatibus et decuriis, et corporibus bonorum possessio adgnosci potest....* (2).

(1) L. 22. *De fidej. et mand. D.*
(2) L. 3. pg 4. *De bon. poss. D.*

Ces deux jurisconsultes s'accordent pour reconnaître la qualité de personne morale aux municipes, aux décuries et aux *Sociétés* sans distinction. Cette assimilation des sociétés en général à des associations qui jouissent certainement de la personnalité civile, est, pour certains auteurs, comme M. Troplong, la preuve manifeste que la personnalité morale est de droit pour toutes les sociétés romaines.

Il est facile de répondre à l'argument que l'on cherche à tirer des deux textes que nous avons cités. Sans doute, une société peut être dans ses rapports intérieurs ou extérieurs, une personne qui éclipse les associés qui la forment, mais cette entité existe-t-elle dans *toute* société ou seulement dans *certaines* sociétés? Les deux jurisconsultes romains, dont on invoque l'autorité, n'ont pas tranché la question. Et tant qu'on n'aura pas prouvé que l'expression *societas* embrasse, dans la pensée des jurisconsultes cités, la généralité des sociétés, nous distinguerons, avec Gaius (1), les sociétés en général de certaines sociétés particulières, *ut ecce vectigalium*, qui seules constituaient un *corpus* et nous aurons le droit de dire que c'est à ces dernières seulement que Florentinus et Ulpien ont voulu faire allusion.

Nos adversaires invoquent encore la loi 65, pg. 14 D. *Pro Socio*, ainsi conçu: *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit, et alicui sociorum quid absit, cum eo solo agendum penes quem ea pecunia sit. Qua deducta, de reliquo quod cuique debeatur, omnes agere possunt.* Il est question dans cette espèce d'une société ordinaire. Un des associés a souffert un dommage qui lui donne droit à une réparation de la part de la société. Or, c'est à la caisse commune qu'il devra s'adresser, c'est son préposé

(1) L. 1. *Quod cujusc. univ.* D.

qu'il devra poursuivre. « S'il est vrai, dit M. Troplong, qu'il faille considérer les associés plutôt que la société, cet associé devra s'adresser à chacun de ses coassociés individuellement pour se faire indemniser par eux, suivant leur part et portion. »

Mais il n'en est pas ainsi, d'après Paul, à qui est dû l'exemple en question, l'indemnité doit être payée plutôt par la société que par les associés, c'est la société, c'est la caisse commune qu'il faut actionner. La règle ainsi posée a provoqué cette judicieuse remarque du président Fabre : *societas enim ipsa est quæ debet et arca communis quæ inter socios fictæ cujusdem personæ vicem obtinet.* Et, comme il y avait peu de sociétés qui n'eussent une caisse commune, il s'ensuit que la personnification dont parle Fabre et sur laquelle repose la loi 65, était la règle générale du contrat de société.

Il n'est nul besoin, croyons-nous, de faire appel au principe de la personnalité civile pour donner une explication satisfaisante du texte de Paul. La solution donnée par ce jurisconsulte paraît découler tout naturellement des règles ordinaires du mandat. Un associé a été constitué mandataire pour la gestion des affaires sociales. A cet effet, il a le pouvoir de disposer de l'actif social ; il détient les fonds de la société dont il se trouve être le caissier. A ce titre, il est chargé de payer les dépenses aussi bien que d'encaisser les revenus ; il est donc tout naturel que celui des associés qui a fait quelque dépense ou éprouvé quelque perte dont la société lui doive remboursement, agisse contre ce caissier, comme étant le mandataire de ses coassociés.

M. Duvergier (1) a soulevé une dernière objection. Il s'est appuyé sur la différence qui existe entre l'action *pro socio* et l'action *communi dividundo*.

(1) Duvergier, Sociétés, n° 382.

D'après cet auteur, l'action *pro socio* n'est considérée comme personnelle que parce que c'est la société qui paraît être propriétaire de l'actif social et non les associés. En effet si chaque associé eut été considéré comme propriétaire, l'action *pro socio*, ayant pour objet le partage, eut été *mixte*.

Cette objection repose sur une véritable erreur. L'action *pro socio* n'a pas pour objet le partage des biens de la société, mais l'accomplissement des obligations réciproques des associés. C'est ce qui explique pourquoi elle est personnelle, et l'action *communi dividundo* est nécessaire pour opérer le partage.

Si maintenant que nous avons écarté les objections que nous avons rencontrées, nous nous rappelons les termes très clairs du texte de Gaius : *neque societas, neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus conceditur. Nam et légibus et senatusconsultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur*. Si nous considérons d'autre part, que la personnalité morale ne devait être attribuée qu'à des sociétés ou des corporations intéressant l'ordre public général, nous comprendrons aisément qu'il ne pouvait y avoir à Rome d'autre personne morale que celle qui avait bénéficié d'une autorisation spéciale du gouvernement, comme les municipes, les sociétés de Publicains, plusieurs corporations, certains dieux, etc., etc.

Les conclusions auxquelles nous arrivons se trouvent du reste corroborées par plusieurs textes, qui nous disent, en termes formels, que dans les sociétés ordinaires, les associés sont copropriétaires du fonds social et non pas la société elle-même, comme il faudrait le dire, si la personnalité civile était de règle en matière de société. Ulpien déclare que : *Nemo contrahendo sociatatem dominus rei suæ esse desinit*. Paul, que l'associé ne peut disposer que de

sa part dans le fonds commun : *Quod si communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consentiant: quia suœ partis tantum alienationem habuit.* (1) Gaius : *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare.* (2) Pourquoi l'associé peut-il aliéner sa part ? parce que dans cette limite il est investi du *jus dominii.* Pourquoi ne peut-il aliéner que sa part ? parce que il n'est pas propriétaire exclusif du fonds social, mais copropriétaire par indivis.

Dire que l'associé demeure propriétaire de la mise qu'il apporte, que le capital social constitué appartient à chacun des associés pour sa part et portion, c'est déclarer implicitement que la société ne constitue pas un être fictif, une personne morale distincte de la personne même de l'associé.

Nous avons dit plus haut, que la personnalité civile accordée à une société entraînait des conséquences nombreuses et importantes. Ce qu'il importe surtout de bien saisir, car en cela consiste précisément leur personnalité, c'est que les droits actifs ou passifs de l'*Universitas* ne se confondent pas avec ceux des individus *(certi homines)* qui la composent. Plusieurs décisions, puisées dans les textes, permettent de développer cette pensée avec une clarté saisissante :

1° L'*Universitas* peut perdre quelques uns de ses membres ou en acquérir de nouveaux, son personnel tout entier peut changer, sans qu'elle change elle-même et c'est pourquoi la durée de son existence est illimitée : *In decurionibus, vel aliis universitabus nihil refert, utrum omnes idem maneant, vel omnes immutati sint* (3). Toutefois lorsqu'il s'agit des sociétés de Publicains, nous avons déjà indiqué que leur bail n'était conclu que pour une durée maximum de cinq ans.

(1) L. 16. *De reb. cred.* D.
(2) L. 68. *Pro socio.* D.
(3) L. 7. *Quod. cuj. univ.* D.

Si l'*Universitas* se trouvait réduite à un seul membre, Ulpien nous dit que cet associé pourrait exercer les actions de l'*Universitas* et voir exercer contre lui celles dont elle était tenue ; mais il ne faudrait pas croire que la personne de l'*Universitas* se confonde désormais avec la sienne, et si, par exemple, l'*Universitas* est insolvable, l'associé survivant ne répondra de ses dettes que jusqu'à concurrence de l'actif qu'elle possède, et non pas sur tous ses biens, comme il le serait s'il s'agissait d'une obligation qu'il aurait contractée personnellement : *Sed si Universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum convenire, et conveniri : cum jus omnium in unum reciderit et stet nomen Universitatis* (1).

2° Ce qui est dû à la société ne doit pas être considéré comme dû à chacun des membres qui la composent. Ceux-ci ne pourraient donc pas poursuivre les débiteurs de la société ou recevoir d'eux un paiement volontaire. Réciproquement le patrimoine des associés ne se trouve pas grevé par les dettes de la société, de sorte que l'insolvabilité de celle-ci ne les expose à aucune sorte de poursuite : *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent* (2).

3° Alors qu'il est de droit commun qu'on ne peut mettre un esclave à la torture pour obtenir de lui une déposition favorable ou contraire à son maître, l'esclave d'une société pouvait être torturé dans une affaire qui intéressait l'un des membres de l'*Universitas* : *Et ideo tam contra civem, quam pro eo, posse servum civitatis torqueri* (3).

4° C'est en vertu de la même idée que l'affranchi d'une *Universitas*, voulant intenter une action contre un des membres de cette *Universitas*, se passe

(1) L. 7. *Quod cuj. univ.* D.
(2) *Quod. cuj. univ.* D.
(3) L. 6. pg. 1. *De divi. rer.* D.

très régulièrement de l'autorisation du magistrat, alors que celle-ci est toujours nécessaire pour l'affranchi qui se propose d'agir en justice contre son patron. C'est donc que l'affranchi n'avait jamais fait partie du patrimoine individuel de chacun des membres de l'*Universitas*, mais bien de celui de l'*Universitas* elle même: *Qui manumittitur a corpore aliquo, vel collegio, vel civitate, singulos in jus vocabit : nam non est illorum libertus* (1).

5° Si la société constitue un mandataire *ad litem*, celui-ci tient ses pouvoirs de la personne morale et non de chacun des associés: *Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum, quasi a pluribus datum sic haberi : hic enim pro Republica vel universitate intervenit, non pro singulis* (2).

6° S'il est nécessaire de donner un consentement, la manifestation de volonté de tous les associés ne saurait suppléer au consentement demandé à la personne morale (3).

2. Organisation intérieure des Sociétés de Publicains

La société *vectigalium* formée pour exploiter et percevoir les impôts et les revenus publics, existait dès que les *mancipes* étaient demeurés adjudicataires. Comme nous l'avons déjà dit, des fidejusseurs *(præs)* venaient cautionner l'engagement de ces derniers ; d'autres Publicains venaient se joindre aux premiers et apportaient à la société soit leurs capitaux, soit leur industrie, soit à la fois l'un et l'autre.

La société ainsi constituée avait besoin d'une direction supérieure, qui fût comme la tête de ce corps immense, qui partait de Rome pour s'étendre jusqu'aux frontières des provinces les plus reculées.

(1) L. 10. pg. 4. *De in jus voc.* D.
(2) L. 2. *Quod cuj. univ.* D.
(3) L. 1. *Quod cuj. univ.* D.

En principe tout *corpus* a un représentant, *per quem, tanquam in republica, quod communiter agi fierique oportet agatur* (1) ; mais ce représentant porte des divers noms suivant le *corpus* ou suivant sa mission : *magister, syndicus, actor.*

L'*actor* est le mandataire spécial constitué pour une affaire déterminée. Le *syndicus* est au contraire un mandataire général ; les textes en parlent surtout à l'occasion des procès.

Dans les sociétés de Publicains, l'administration était confiée à un directeur général, le *magister*. En province la société était représentée par des *promagistri*, que nous appellerions de nos jours des sous-directeurs, employés supérieurs chargés d'administrer une localité déterminée et qui envoyaient à l'administration centrale leurs comptes détaillés (2).

Dans les sociétés *vectigalium* peu importantes, le *syndicus* se confondait avec le *magister* et les *actores* avec les *promagistri*. Mais s'il s'agissait, au contraire, de sociétés *vetigalium* plus importantes, le directeur, *magister*, se déchargeait du contentieux sur un *syndicus* ou un *actor*. Quant aux actes extrajudiciaires, tels que les stipulations, les cautions *damni infecti, judicatum solvi, etc.*, il pouvait les faire exécuter par les esclaves de la société. Il pouvait aussi recourir à l'intermédiaire d'une personne libre, mais, dans ce cas, le directeur ne pouvait user que de l'action utile du contrat : *Constitui potest actor etiam ad operis novi munciationem, et ad stipulationes interponendas : veluti legatorum, damni infecti, judicatum solvi, quamvis servo potius civitatis caveri debeat, sed et si actori cautum fuerit, utilis actio administratori rerum civitatis dabitur* (3).

Le mandat en vertu duquel la société a confié

(1) L. 1, *Quod cuj. univ.* D.
(2) Cicéron, *ad Attic*, XI. 10.
(3) L. 10. *Quod cuj. univ.* D.

l'administration au *magister* est soumis à des règles différentes suivant que ce *magister* appartient ou non à la société.

S'il s'agit d'un tiers, le mandat qui lui est conféré par la société n'offre rien de particulier. Il ne donne lieu qu'aux rapports ordinaires de mandant à mandataire. *(De mandati vel contra. Liv. XVII, tit. 1er. D).*

Si le *magister* est un associé sa responsabilité sera appréciée selon les règles de la théorie des fautes en matière de société. Le *magister* ne devra apporter aux affaires sociales que la même diligence qu'il apporte aux siennes ; il ne sera donc pas responsable, comme les mandataires, de la faute appréciée *in abstracto*.

Ajoutons que le directeur pouvait toujours et quelquefois devait réunir en assemblée générale tous les associés et leur soumettre les questions intéressant la gestion sociale. Il n'existe pas de documents sur le règlement de ces délibérations. C'est à peine si nous savons que pour les municipes, la majorité devait comprendre les deux tiers des voix et que les membres d'une même famille avaient chacun leur voix distincte (1).

(1) L. L. 4 et 5. *Quod cuj. univ.* D.

CHAPITRE IV

MANIFESTATIONS EXTÉRIEURES DE LA SOCIÉTÉ — RAPPORTS AVEC LES CHOSES ET LES TIERS

La société de Publicains jouissant de la personnalité civile, de nombreuses difficultés surgissent dès qu'il s'agit de la mettre en contact avec le monde extérieur. Sans doute, cette société sera douée, sous peine de ne pas exister, de toutes les facultés humaines, mais comment les exercera-t-elle ? Comment fera-t-elle pour traduire par des actes physiques les déterminations qu'elle aura prises ?

Il est bon de se reporter à l'organisation intérieure des sociétés de Publicains ; il faut se rappeler que pour les actes d'administration, le *magister* était revêtu du caractère de mandataire général et que pour les autres actes plus importants, l'assemblée générale des associés en prescrivait l'exécution : *refertur ad universos, quod publice fit ad majorem partem.*

La personne morale peut donc consentir et manifester son consentement, sinon elle serait condamnée à ne pas être. Il suffit pour cela de remplir certaines formalités, de convoquer une assemblée, de discuter et de clore le débat par un vote. Mais il est évident que les décisions prises, la personne morale ne saurait elle-même les accomplir et qu'elle doit nécessairement faire appel aux secours de la représentation. Mais dans quelle mesure la représentation de la personne morale sera-t-elle possible ? Pour répondre à la question, il est indispensable de rappeler les principes du droit romain en matière de représentation.

L'ancien droit romain distinguait deux espèces d'actes :

a) Les *actus juris civilis* comprenant les *actus legitimi* et les *actus non legitimi juris civilis.*

b) Les *actus juris gentium.*

a) Les *actus legitimi* comme l'*hœreditas aditio,* la *tutoris datio,* l'*in jure cessio* en elle-même et dans tous les actes qui la comportaient, tels que la *manumissio vindicta*, l'adoption, l'émancipation, tous ces actes se passaient devant le magistrat. Ils ne comportaient ni terme, ni condition et le *pater familias* ne pouvait être représenté pour leur accomplissement ni par des tiers ni par des personnes qu'il avait en sa puissance : *Nemo alieno nomine lege agere potest* (1).

Les *actus non, juris civilis,* au contraire *legitimi* ne demandaient pas l'intervention du magistrat, mais ils ne pouvaient, comme les *actus legitimi*, être effectués que par les personnes intéressées elles-mêmes : *Nemo alteri stipulari potest* (2). Telle était la règle qui régissait la *stipulatio et la mancipatio.* Toutefois la rigueur de la prohibition se trouvait ici atténuée par suite des rapports particuliers que les relations de puissances établissent entre les diverses personnes qu'elles unissent les unes aux autres. Le chef de famille seul peut avoir un patrimoine et ceux qui sont en sa puissance à un titre quelconque, n'acquièrent que pour lui. Il en résulte que dans l'accomplissement des *actus non legitimi juris civilis,* le *pater familias*, peut être valablement représenté par le fils de famille ou par l'esclave qu'il a en sa puissance, puisque les stipulations ou les acquisitions que ces derniers auraient faites pour eux-mêmes, ou sans désigner celui qui doit en profiter, seraient toujours acquises

(1) L. 77 et 123. *De reg. jur.* D.
(2) L. 28, pag. 17. *De verb. oblig.* D.

au père ou au maître : *Quodcumque stipulatur is, qui in alterius protestate est : pro eo habetur, ac si ipse esset stipulatus* (1).

b) Les *actus juris gentium*, comme la *traditio* et les contrats *juris gentium*, admettaient la représentation par tierce personne. La possession d'un objet pouvait être acquise par l'intermédiaire d'un tiers et conduire à la propriété par l'usucapion ; la présence d'un *nuncius* ou même l'échange de simples lettres missives suffisaient pour la formation d'un contrat du droit des gens : *Etsi possessio per curatorem ignoranti queritur, usucapio vero scienti competit; tamen evictionis actio domino contra xenditorem invito procuratore non datur; sed per actionem mandati ea cedere cogitur* (2).

Il est maintenant intéressant de faire l'application de ces principes aux sociétés de Publicains, et de voir comment ils se combinent avec l'impossibilité où se trouvent les personnes morales de se manifester au dehors par des actes physiques ou intellectuels. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de passer en revue les plus importantes des manifestations de la vie juridique et de se demander si la société de Publicains peut les accomplir et comment elle les accomplira. Pour donner à cette étude plus de clarté, nous distinguerons suivant que la société se trouve en relation avec des choses ou avec des personnes.

Section I. — Rapports de la société avec les choses.

La société de Publicains pouvait avoir des esclaves ; elle pouvait être propriétaire de biens meubles ou immeubles, de choses *mancipi ou nec mancipi;* elle pouvait exercer ou subir des servitudes réelles ou personnelles; mais comment acquiert-elle ces divers

(1) L. 45, *De verb. oblig.* D.
(2) L. 49, pag. 2, *De acq. vel. omitt.* D.

droits et comment en fait-elle l'aliénation ? Joue-t-elle sur la scène des affaires le même rôle que les simples citoyens ? c'est ce qu'il nous faut examiner.

1° *Affranchissements.* — La société, personne morale, peut-elle affranchir ses esclaves ? elle ne saurait user d'aucun des trois modes solennels d'affranchissement reconnus par l'ancien droit romain. Cela n'est pas douteux pour le cens et le testament. Quant à l'affranchissement *vindicta*, il est également inadmissible puisque c'est un *actus legitimus* et que la personne morale ne peut par elle-même ou par représentant intenter une action de la loi : *Nemo alieno nomine lege agere potest.* Pour les autres modes privés d'affranchissement, tels que ceux, *per epistolam*, *inter amicos*, qui rendaient les affranchis Latins Juniens, ils étaient évidemment impossibles. Jusqu'à Marc-Aurèle, les *corpora* ne purent affranchir leurs esclaves ; une constitution de ce prince leur conféra ce pouvoir : *Divus Marcus omnibus collegiis, quibus coeundi jus est, manumittendi potestatem dedit* (1).

2° *Possession.* — La plupart des interprètes du droit romain reconnaissent que le fait de possession renferme trois degrés : *Esse in possessione ou nude detinere*, détention physique de l'objet ; *possidere ou naturaliter possidere*, qui suppose, avec la détention matérielle, *l'animus domini;* enfin, *civiliter possidere*, qui comprend, outre les éléments des autres possessions, la *justa causa*, la bonne foi et dont les avantages sont : la présomption de propriété, l'acquisition des fruits et la possibilité d'une usucapion.

La société de Publicains comme toute *uiniversias* ne peut détenir elle-même, mais elle est remplacée dans cet acte physique soit par ses esclaves, soit par des tiers qui ne sont pas sous sa puissance. Elle est

(1) L. 1, *De manum.*

donc investie du *corpus*, elle peut être *in possessione*.

Mais peut-elle posséder réellement ? peut-elle avoir l'*animus domini ?*

Dans les sociétés ordinaires, les associés peuvent sans difficulté acquérir individuellement la possession et en faire bénéficier leur coassociés, car l'*animus domini* s'examine en leur personne. Mais que décider les personnes morales ?

Paul déclare expressément que les municipes (et il faut en dire autant des autres personnes morales) ne sauraient avoir *l'animus possidendi, quia uni consentire non possunt.* Cet *animus* ne saurait être remplacé par celui des membres de la société, car il s'agit de la personne morale et non des individualités qui la composent. Le véritable obstacle qui s'oppose à la possession effective des personnes civiles ne réside pas vraiment dans l'impossibité de consentir, mais plutôt dans l'absence de continuité dans la volonté, dans *l'animus domini.* La personne morale, en effet, ne révèle sa pensée, ne peut pensermême, que par intermittence, lorsqu'elle est réunie en assemblée générale.

Cette prohibition qui atteignait également *l'infans* et le fou, fut levée plus tard grâce aux progrès de la jurisprudence. Dans le dernier état du droit, on avait admis que les personnes morales pourraient posséder et usucaper, non seulement par l'intermédiaire d'un esclave mais encore par celui d'une personne libre : *Sed hoc jure utimur, ut et possidere, et usucapere municipes possint : idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur* (1), *Item municipes ad exhibendum conveniri possunt : quia facultas est restituendi ; nam et possidere et usucapere eos posse constat. Idem in collegiis, ceterisque corporibus dicendum erit* (2).

(1) L. 2. *De Acq. vel omitt. poss.* D.
(2) L. 7. pg. 3. *Ad. exh.* D.

3° *Propriété.* — La propriété appartient non aux membres de la société envisagés *ut singulis*, mais à la société de Publicains considérée comme être de raison. Il en résulte que : 1° Tandis que dans une société ordinaire le consentement unanime des associés est nécessaire pour disposer d'un objet du fonds social, car *in re communi melior est causa prohibentis*, dans la société de Publicains, il suffira de réunir la majorité des voix : *refertur ad universos quod publice fit per majorem partem* (1); 2° Les créanciers personnels des associés ne pourront poursuivre l'exécution de leurs droits sur le fonds social.

Comment ces sociétés pouvaient-elles acquérir la propriété ? à titre particulier ? à titre universel ?

a) A titre particulier ? — Ulpien nous donne un exposé des divers modes d'acquisition à titre particulier : *singularum rerum dominia nobis adquiruntur, traditione, in jure cessione, mancipatione, usucapione, adjudicatione, lege* (2).

Traditione. — La *traditio* consiste dans la translation volontaire de la possession proprement dite. Elle implique, comme mode de transfert de la propriété, non seulement la remise effective du *corpus* ou élément corporel de la possession, mais elle suppose de plus chez celui qui acquiert l'intention de posséder *animo domini*. Or, nous savons que pendant longtemps les personnes morales furent incapables de posséder *animo domini*, il en résultait donc qu'il n'y avait pas d'aliénation possible par tradition, puisque l'une des parties était dépourvue de volonté au même titre qu'un *infans*, ou un fou. Plus tard, nous l'avons vu, les personnes morales devinrent capables d'acquérir, de posséder juridiquement et même d'usucaper. Dès lors, elles purent acquérir par le moyen de la tradition.

(1) L. 1. *Quod cuj. univ.* D.
(2) Ulpien. Règles, 19, 2.

In jure cessione. — *L'in jure cessio* est un *actus legitimus* et demande par suite la présence des parties devant le magistrat. La société ne pouvait satisfaire à cette exigence, et ses esclaves ne pouvaient agir pour elle, parce que les citoyens romains seuls pouvaient paraître devant le prêteur.

Mancipatione. — *La mancipatio* est un *actus non legitimus juris civilis.* C'est une vente fictive, *venditio imaginaria*, que Gaius et Ulpien décrivent ainsi : huit personnes y figurent, l'aliénateur, *mancipans*, l'acquéreur, *emptor*, un *libripens* et cinq témoins. L'acquéreur, touchant la chose, affirme l'existence actuelle en sa personne du droit qu'il prétend acquérir et il remet au vendeur, en guise de prix, un lingot de cuivre, que ce dernier accepte. La société ne pouvait évidemment figurer en personne dans une telle solennité. Elle ne pouvait d'autre part recourir à l'office d'un mandataire, car celui qui figure dans la mancipation affirme l'existence en sa personne du droit en question. Mais la société pouvait recourir à la *mancipatio* par l'intermédiaire de ses esclaves ou d'un *servus publicus.*

Usucapione. — La société de Publicains demeura incapable d'usucaper jusqu'au moment où la jurisprudence lui reconnut le droit de posséder *amino domini.* Alors, c'est-à-dire dans le dernier état du droit, il lui fut loisible d'usucaper non seulement par l'intermédiaire d'un esclave, mais encore par celui d'une personne libre (voir supra, possession).

Adjudicatione. — L'adjudication est une attribution de propriété faite par le juge, en vertu d'un pouvoir spécial qui lui appartient seulement dans les actions en partage et en bornage. Nous verrons plus loin que la société de Publicains pouvait agir en justice, il en résultait donc qu'elle était capable d'acquérir par le mode de l'adjudication, qui suppose l'intervention du

juge: *Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiæ erciscundæ judicium inter vos redditur. Idemque dicendum est in finium regundorum* (1).

Lege. — La propriété est ainsi transférée dans le cas du legs *per vendicationem* et de l'accroissement en vertu des lois *Julia et Papia Poppœa.*

Il est certain que la société de Publicains ne pouvait bénéficier du droit d'accroissement établi par les lois caducaires.

Etait-elle capable de recueillir un legs *per vendicationem ?* Nous répondrons à cette question lorsque nous traiterons de la capacité des personnes morales pour recueillir des hérédités.

a). *A titre universel.* — Les principaux modes de recueillir des universalités sont les hérédités testamentaires, et les successions *ab intestat.*

Hérédité testamentaire. — Les personnes morales et, par suite, les sociétés de Publicains, ne sauraient être instituées héritières. Ulpien le déclare en termes formels pour les municipes et l'on s'accorde pour dire que cette prohibition s'étend à toutes les personnes morales: *Nec municipia nec municipes hœredes institui possunt quoniam incertum corpus est, ut neque universi cernere, neque pro hœrede gerere possunt ut hœredes fiunt* (2).

Cette défense rigoureuse s'explique difficilement. Dira-t-on, en effet, d'une personne morale, comme le fait Ulpien, qu'elle est une personne incertaine ? Non certes, car par personnes incertaines il faut entendre non pas celles que le testateur ne connait pas, ou n'a jamais vues, mais celles dont il lui est impossible de se faire une idée nette. Telle serait notamment la personne instituée en ces termes: *quicumque filio meo filiam suam in matrimonio dederit, ei heres*

(1) L. 9. *Quod cuj. univ.* D.
(2) Ulpien. Règles, 22, pg. 5.

meus illum fundum dato... (1). Rien de semblable pour la société de Publicains, car le testateur connaissait très bien la personne à qui il voulait faire une libéralité ; cet être moral n'est pas une personne indéterminée pour laquelle il était impossible, au moment de la confection du testament, d'éprouver un sentiment d'amitié.

On ne saurait davantage alléguer l'impossibilité où se trouverait la personne morale de faire addition d'hérédité. Car, s'il est vrai que la *cretio* et l'*aditio* proprement dite, lui sont refusées, parce que ce sont des *actus legitimi*, qui, par suite, doivent être faits : *pure, semel, per se non alium, verbis conceptis et testibus præsentibus* (2), la personne morale pouvait toujours acquérir *pro hœrede gerendo* par l'intermédiaire de ses agents. Aucune raison ne s'y oppose ; pour cela l'assemblée générale n'aura iteu qu'à donner ce mandat spécial à son *syndicus* ou à son *actor* ou mieux à faire faire un acte d'héritier par un esclave. Et pourtant les textes ne reconnaissent, en aucun cas, à la personne morale, le droit de recueillir une hérédité.

Il semble donc vrai de dire que la véritable raison de la prohibition se trouve dans le désir pour l'Etat de ne pas permettre le développement trop rapide des fortunes dans les mains de corporations déjà suffisamment puissantes.

Le législateur se relâcha plus tard de sa rigueur première. Un sénatus-consulte autorisa les municipes à être institués par leurs affranchis et les autres personnes morales bénéficièrent de la même règle par des concessions et des privilèges spéciaux : *Municipibus plenum jus in bonis libertorum libertarum, defertur : hoc est, id jus, quod etiam patrono* (3).

(1) *De Legalis*, pg. 25. D.
(2) Cicéron, 13, *Ad Attie.*
(3) L. 1, *De lib. univ.* D.

collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse, dubium non est (1).

Les municipes bénéficièrent bientôt de nouvelles faveurs. Un sénatus-consulte leur permit de recevoir des hérédités fideicommissaires: *Hereditatis, vel legati, seu fideicommissi, aut donationis titulis domus, aut annonæ civiles, aut quælibet ædificia, vel mancipia, ad jus inclitæ urbis, vel alterius cujuslibet civitatis pervenire possunt* (2). Mais il ne semble pas que les autres *corpora* aient bénéficié de cette dernière faveur.

Cette incapacité générale des personnes morales subsista même après la constitution de l'empereur Léon Ier qui, en 469, accorda aux municipes seuls, la faculté d'être institués par qui que ce soit.

On s'est demandé si, à défaut d'hérédité civile, les personnes morales ne pouvaient pas bénéficier de la *bonorum possessio*.

On l'a énergiquement soutenu en s'appuyant sur un texte d'Ulpien dont les termes ont, sans conteste, une portée éminemment générale: *A municipibus et societatibus, et decuriis et corporibus, bonorum possessio adgnosci potest; proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quid alius, recte competet bonorum possessio* (3).

Toutefois l'opinion contraire qui n'autorise la *bonorum possessio* que dans les cas où l'hérédité civile est permise, nous paraît préférable. Les raisons qui ont fait prohiber dans la plupart des cas l'hérédité civile des personnes morales, se retrouvent avec autant de force lorsqu'il s'agit de la *bonorum possessio*. Quant au texte d'Ulpien, il suffit pour le commenter de le rapprocher d'autres textes du même jurisconsulte. C'est ainsi qu'il ne reconnaît aux

(1) L. 8. *De hær. inst.* C.
(2) L. 12. *De hær. inst.* C.
(3) L. 3. pg. 4. *De bon. poss.* D.

municipes, le droit à la *bonorum possessio* que lorsqu'ils ont été institués par un affranchi ou qu'ils sont héritiers fideicommissaires : *Sed qua ratione Senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hæreditas possit, qua ratione alio senatus consulto, hæredibus eis institutis a liberto, adquirere hæreditatem permissum est, ita bonorum possessionem quoque petere dicendum est* (1). La loi 3 pg. 4 doit donc être interprêtée *subjecta materia*; elle signifie seulement que dans tous les cas où l'héridité civile sera possible, le bénéficiaire pourra user, à son gré, de la *bonorum possessio*.

La règle était différente pour les sociétés ordinaires. Il a toujours été possible d'instituer directement ou par voie de fideicommis. un des associés, à condition que l'hérédité ferait partie du patrimoine social.

Longtemps les personnes morales demeurèrent incapables de recevoir des libéralités à titre particulier. Ulpien nous dit que Nerva fut le premier à accorder aux *civitates* le droit de recueillir des legs (2). Plus tard Marc-Aurèle valida tous les legs faits aux *collegia*, et Paul nous apprend que dans ce terme générique on doit comprendre toutes les corporations régulièrement autorisées : *cum senatus temporibus Divi Marci permiserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si corpori, cui licet coire, légatum sit, debeatur....* (3) Dès lors, les sociétés de Publicains se trouvèrent capables d'être légataires.

Dans les sociétés ordinaires, on a toujours pu laisser, par legs ou par fidéicommis, des objets particuliers aux associés, sauf à eux de les répartir, s'il y a lieu, suivant les lois spéciales de leur société.

Hérédité ab intestat. — Ce mode d'acquérir était fondé sur les liens de parenté ; il semble donc que les

(1) L. 1. pg. 1. *Lib. univ.* D.
(2) Ulpien. Reg. 24, pg. 28.
(3) L. 20. *De Reb. cred.* D.

personnes morales ne pouvaient en invoquer le bénéfice. Mais, il ne faut pas oublier que les *corpora* avaient des esclaves, et que, depuis Marc-Aurèle, ils pouvaient les affranchir et acquérir ainsi tous les droits des patrons sur ces affranchis et notamment un droit de succession *ab intestat* sur leurs biens. Ce droit était accordé non seulement aux municipes mais à toutes *universitates*, à la société *vectigalium* par suite, alors que l'hérédité *ab intestat*, en général, ne pouvait jamais lui être déférée.

Au contraire, dans les sociétés privées, quand un associé succédait *ab intestat*, l'hérédité lui restait personnelle, à moins qu'il ne se trouva engagé dans une société *totorum bonorum*. Dans ce dernier cas, l'hérédité se fractionnait entre l'héritier et ses coassociés.

4° *Servitudes personnelles.* — Dans les sociétés personnes morales, l'usufruit repose sur la tête de l'être juridique et non sur celle des associés. Il était donc dangereux de constituer un usufruit au profit des *corpora*, car l'existence de ces derniers n'étant pas enfermée dans les bornes étroites d'une vie d'homme, la nue propriété était menacée de devenir complètement inutile, *quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est* (1). Aussi le législateur avait-il décidé que l'usufruit accordé aux personnes morales s'éteindrait par un laps de cent ans : *Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usufructu municipes? Et placuit centum annis tuendos esse municipes; quia is finis vitæ longævi hominis est* (1). Ulpien semble même fixer le délai plus court de trente ans : *sic denique, et si Reipublicæ ususfructus legatur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit* (2),

(1) L. 56, *De usuf. quem.* D.
(2) L. 68 m., *Ad leg. Fals.* D.

Pour les sociétés de Publicains, il n'y avait pas à craindre d'usufruit de durée illimitée, car le bail accordé aux adjudicataires expirait le plus souvent avec le pouvoir des censeurs, qui l'avaient conféré, au plus, pour cinq ans.

La constitution de l'usufruit au profit des *corpora* ne peut avoir lieu qu'au moyen du legs *per vindicationem* ou de la quasi tradition ; car la mancipation ne s'applique pas à l'usufruit et l'*in jure cessio* est un *actus legitimus* que la société ne peut exercer ni par mandataire ni par l'intermédiaire de ses esclaves.

Réelles. — Les sociétés de Publicains avaient peu d'immeubles ; il semble donc qu'elles n'avaient pas l'occasion d'exercer ou de subir des servitudes réelles.

Il nous faut signaler entre les société de Publicains et les sociétés ordinaires cette différence importante, qu'un associé membre d'un *corpus* peut valablement acquérir une servitude au profit d'un fond qui lui est propre sur un fond appartenant au *corpus* et réciproquement, tandis que la règle *nemini res sua servit* s'oppose à ce que dans une société ordinaire un associé puisse acquérir une servitude sur un héritage faisant partie du fond social.

Section II.— Rapports de la société avec les personnes.

La société de Publicains, personne morale, ne peut agir par elle-même. Les associés ne sauraient non plus agir en son nom, comme dans les sociétés ordinaires, puisque leur individualité disparaît et s'absorbe dans l'être moral de la société. Celle-ci est donc obligée de recourir à l'office de mandataires pour se mettre en rapport avec les tiers.

La société de Publicains peut devenir créancière ou se trouver obligée ; elle peut aussi se voir dans la nécessité de porter ses droits en justice. Il nous faut examiner comment elle remplit ces différents rôles.

1° *Droits de créance.* — La société de Publicains pouvait devenir créancière par l'intermédiaire d'esclaves ou d'hommes libres.

Lorsque les esclaves stipulaient et contractaient au nom de la société, celle-ci devenait de plein droit créancière en sa qualité de *dominus*.

Les hommes libres qui représentaient la société étaient le plus souvent des associés avec le titre de *magister* ou de *promagistri*. Grâce à l'action *mandati*, la société se faisait céder les bénéfices des contrats passés par ses mandataires ; plus tard même elle obtint de la jurisprudence l'exercice immédiat de l'action utile du contrat. Les hommes libres qui contractaient, au nom de la société, pouvaient être également des *negotiorum gestores*.

Les créances nées d'un délit ou d'un quasi-délit, étaient acquises directement à la société qui pouvait éprouver un dommage, indépendamment de tout intermédiaire. Tel était le cas où la société se trouvait être la victime d'un vol ou éprouvait l'une des lésions prévues par la loi Aquilia.

Quelle que fut la source du droit de créance, celui-ci appartenait à l'être moral de la société et non à chacun de ses membres pour sa part et portion : *si quid universitati debetur, singulis non debetur* (1). Il en résultait une conséquence très importante. Dans une société ordinaire, qui ne jouit pas de la personnalité civile, l'associé qui se trouvait être personnellement débiteur d'un tiers, débiteur lui-même de la société, pouvait opposer à la poursuite de ce dernier l'exception de compensation jusqu'à concurrence de sa part dans le fonds social. Il ne pouvait en être de même dans les sociétés de Publicains ; l'associé ne saurait invoquer la compensation que s'il est à la fois débiteur et créancier ; il est bien débiteur, mais

(1) L. 7, parag. 1. *Quod cuj. univ.* D.

nous venons de voir que c'est la société seule, être moral, qui se trouve être créancière.

2° *Obligations.* — La société pouvait s'engager envers des tiers par l'intermédiaire de ses esclaves ou par celui d'hommes libres.

L'esclave ne pouvait obliger son maître *jure civili.* Mais, quand il se trouve avoir agi avec l'assentiment exprès ou tacite, général ou particulier de son *dominus*, le droit prétorien permet de diriger contre ce dernier l'action du contrat affecté d'une *adjectitia qualitatis.* La législation prétorienne s'était inspirée de cette idée que les obligations contractées par des individus en puissance devaient réfléchir contre le père de famille dans la mesure où il les a autorisées, et, à défaut de toute autorisation, jusqu'à concurrence de son profit; de là les actions connues sous les dénominations : *quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso.*

Le créancier qui a usé de l'une des actions *adjectitiæ qualitatis,* ne saurait recourir à une autre action pour obtenir ce que la première ne lui aurait pas donné. Ce serait, en effet, toujours la même action, celle du contrat, qui serait déduite *in judicium.* Il convient d'appliquer ici le règle générale *: bis de eadem re ne sit actio.*

Si la société recourt à l'intermédiaire d'un homme libre, celui-ci ne peut être qu'un mandataire ou un *negotiorum gestor.*

Si c'est un mandataire, le créancier ne peut agir que contre lui *jure civili ;* le mandant n'est pas obligé. C'est en effet un des plus anciens principes du droit romain, et ce fut longtemps l'un des plus absolus, que jamais un acte juridique ne peut être réputé l'œuvre de personnes qui n'y ont pas figuré, ni par conséquent produire des effets à leur égard : *Nemo*

(1) L. 38, pg, *De verb. oblig.* D.

alienum factum promittere potest. Mais le prêteur intervint pour mettre les théories juridiques d'accord avec la réalité des faits. Il accorda aux tiers créanciers, suivant les cas, tantôt *l'actio institoria ou l'actio exercitoria* (1), tantôt une action utile *ad exemplum institoriæ actionis* (2), grâce auxquelles ils pourront poursuivre le mandant lui même.

S'il s'agit d'un *negotiorum gestor*, le créancier ne pouvait faire appel aux actions *exercitoria et institoria ;* il n'avait que la ressource de recourir à la *condictio Juventiana* pour le cas où la société s'était enrichie sans cause par le fait du *negotiorum gestor* (3).

La société se trouvait également obligée de répondre aux actions *familiæ erciscumdæ, finium regumdorum etc.*, qui consacrent les obligations qui naissent *quasi ex contraclu : Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiæ erciscundæ judiciun inter vos redditur. Idemque dicendum est in finium regundorum, et aquæ pluviæ arcendæ judicio* (4).

La société répond-elle des délits et des quasi-délits commis par un de ses membres ? Il faut se rappeler que tout délit donne lieu à l'application d'une peine et au paiement de dommages intérêts. De ces deux effets, le premier ne saurait évidemment être poursuivi contre la société, mais celle-ci n'est-elle pas tenue de payer les dommages intérêts auxquels l'associé coupable peut être condamné ? Bien que les textes n'apportent pas à cette question de réponse directe, il semble résulter de deux lois d'Ulpien se référant aux municipes, que l'associé coupable était tenu *in infinitum*, tandis que la société ne l'était que jusqu'à concurrence de son enrichissement. Dans le premier de ces textes, le jurisconsulte refuse l'action

(1) L. 19, 24, 3 et 13, pg. 25, 19, 1. D.
(2) L. 31. *De neg. gest.* D.
(3) L. 23. *De Reb. cred.* D.
(4) L. 9. *Quod cuj. univ.* D.

de dol contre les municipes: *Sed si in municipes de dolo detur actio, dubitatur : Et puto ex suo quidem dolo non posse dari : quid enim municipes dolo facere possumt ?* Le principe toutefois souffre exception: *si quid ad eos pervenit ex dolo eorum qui res eorum administrant puto dandam* (1). Dans le second texte il s'agit du possesseur d'un fonds qui en est expulsé par la violence, au nom d'un municipe, et le jurisconsulte donne une solution identique : *Si vi me dejecerit quis nomine municipum, in municipes mihi Interdictum reddendum, Pomponius scribit, si quid ad eos pervenit* (2).

3° *Du droit d'action.* — La société, être fictif, ne pouvait comparaître en personne devant la justice.

Sous le régime des actions de la loi, la société ne pouvait pas davantage recourir à l'office d'un mandataire. Nul, en effet, ne pouvait figurer au nom d'autrui dans la solennité de la *legis actio*, ni par conséquent dans l'instance judiciaire qui s'engageait ensuite.

Sous le régime formulaire, il fut possible de recourir à des représentants judiciaires qui prirent le nom de *cognitor* et de *procurator*. La société de Publicains ne pouvait recourir à l'intermédiaire d'un *cognitor*, car celui-ci devait être institué solennellement, devant le magistrat, par l'une des parties en présence de l'autre. Elle ne pouvait compter que sur l'office d'un *procurator*. On était même arrivé pour éviter des formalités à se faire représenter par un *negotiorum gestor*, sauf ratification postérieure.

Les *universitates* avaient ordinairement un représentant judiciaire qu'elles s'étaient choisi par leurs statuts ou que leur assemblée générale constituait soit pour toutes les affaires en général, soit pour une affaire particulière : *Nulli permittetur nomine civita-*

(1) L. 15. *De dolo.* D.
(2) L. 4. *De vi et vi armata.* D.

tis, vel curiæ experiri, nisi ei cui Lex permittit, aut Lege cessante ordo dedit (1).

Ce n'était pas sans hésiter qu'on était arrivé à constituer un mandataire général pour les procès futurs, et Paul nous indique les difficultés qu'il fallut surmonter pour admettre un pareil principe : *Sedsi ita decrierint, ut, quœnumque incidisset controversia, ejus petendœ negotium Titius haberet, ipso jure id decretum nullius momenti esse : quia non posset videri de ea re, quœ adhuc in controversia non sit decreto datam persecutionem. Sed hodie hœc omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari* (2). Mais on s'autorisa de l'exemple du père de famille, qui, avant de s'absenter, pouvait constituer un mandataire de ce genre. Le mode de défense des *universitates* devait être assimilé à celui des particuliers : *Et, si extraneus defendere velit universitatem, permittit Proconsul, sicut in privatorum defensionibus observatur : quia eo modo melior conditio universitatis fit* (3).

Le mandataire judiciaire de la société de Publicains, s'il agissait comme demandeur, devait fournir la caution *de rato*, surtout si son mandat était contesté, soit dans son existence, soit dans sa persistance : *actor universitatis si agat, compellitur etiam defendere, non autem compellitur cavere de rato. Sed interdum si de decreto dubitetur puto interponendam et de rato cautionem* (4). Quant à l'action *judicati*, c'était *l'actor* lui-même qui en avait l'usage ; toutefois, avec les progrès de la jurisprudence, on admit que si la constitution de l'*actor* était certaine, l'action *judicati* complèterait directement au *dominus litis*.

(1) L. 3. *Quod cuj. univ.* D.
(2) L. 6. *Quod cuj. univ.* D.
(3) L. 1. pg. 3. *Quod cuj. univ.* D.
(4) L. 6. pg. 3. *Quod cuj. univ.* D.

Q'advenait-il au cas où la société de Publicains se trouvait sans défenseur judiciaire ? Le prêteur permettait alors à un étranger, sans mandat direct, de soutenir sa cause, parce que, dit-il : *eo modo melior conditio universitatis fit* (1). Si la société se trouve définitivement sans défenseur d'aucune sorte, le demandeur poursuivant se fera envoyer en possession des biens corporels de *l'universitas*. S'il n'y a pas de biens corporels, le demandeur se fera désintéresser par les propres débiteurs de la société.

(1) L. 1, pg. 3. *Quod cuj. univ.* D.

CHAPITRE V

RAPPORTS DES ASSOCIÉS ENTRE EUX

Les rapports des associés entre eux sont différents, suivant que l'on se place au moment de la constitution de la société, durant son existence, ou à l'époque de sa disssolution. Sans adopter une division aussi rigoureuse, il nous paraît utile d'envisager les rapports des associés entre eux sous différents aspects et à diverses époques. Nous étudierons ainsi :

1° Les droits et les obligations des associés en général.

2° Les obligations spéciales du *magister* de la société.

3° Les sanctions qui garantissent les obligations des uns et des autres.

4° La dissolution de la société et ses conséquences.

1° Droits et obligations des associés en général

Tous les associés sont tenus, comme dans les sociétés ordinaires, de réaliser les apports qu'ils ont promis d'effectuer.

Ils sont également tenus de la garantie envers leurs coassociés pour le cas d'éviction de leur apport.

Les associés avaient le droit et le devoir d'assister aux assemblées générales, de prendre part aux débats et aux votes qui y avaient lieu. Le règlement de ces délibérations était laissé à l'initiative des associés.

On s'est demandé si les associés, qui n'adminis-

trent pas, qui sont de simples bailleurs de fonds, peuvent être déclarés responsables au-delà de leur apport. Les Romains ne semblent pas avoir posé cette règle de la limitation de la responsabilité de certains associés. C'est pour cela que l'on ne saurait voir dans ces bailleurs de fonds, de véritables commanditaires, au sens moderne du mot. Mais nous croyons qu'une pareille règle pourrait être valablement insérée dans les statuts de la société. Elle n'aurait rien d'illicite, puisque les textes nous apprennent que certains associés pouvaient stipuler qu'ils ne participeraient pas aux pertes.

Un associé pouvait-il associer un tiers à sa part dans la société? pouvait-il également se substituer un nouvel associé? La réponse à ces questions était formellement négative pour les sociétés ordinaires. L'*intuitus personæ* qui présidait aux rapports des associés entre eux, interdisait rigoureusement à ces derniers d'introduire un nouveau membre dans la société. C'est ce qu'exprime clairement cette règle célèbre : *socii mei socius, socius meus non est, sed ei tantum socius est qui admisit* (1).

La règle devait être différente pour les sociétés de Publicains qui étaient, nous l'avons déjà dit, des associations de capitaux plutôt que des unions de personnes. Peu importait dans de telles sociétés la personne même des associés, la constitution d'un *croupier* ou l'arrivée d'un associé nouveau.

Nous verrons plus loin lorsque nous traiterons de la dissolution de la société que c'est pour les mêmes raisons que, contrairement aux règles édictées pour les sociétés ordinaires, la société de Publicains n'était pas dissoute par la mort ou la renonciation de l'un des associés.

(1) LL. 19 et 20 *Pro Socio*. D.

2° Obligations spéciales du « magister »

Si le *magister*, directeur de la société, est un étranger, ses rapports avec le *corpus* sont ceux d'un mandataire pur et simple et sa responsabilité sera appréciée autrement que s'il faisait partie lui-même de la société.

Les règles sévères de la représentation à Rome ne permettaient au *magister* de stipuler ou de s'engager qu'en son nom personnel. Mais la société pouvait, si elle le jugeait nécessaire, exiger la cession des actions acquises par le *magister* ou intenter directement des actions utiles. D'autre part, les obligations contractées par le *magister* n'engageaient personnellement que ce dernier, mais la responsabilité de la société pouvait se trouver engagée par le jeu des actions prétoriennes *adjectitiæ qualitatis.*

Si les obligations contractées par le *magister* viennent à échéance, *durante societate*, la caisse commune devra fournir les fonds nécessaires : *Omne æs alienum, quod manente societate, contractum est, de communi solvendum est : licet, posteaquam societas distracta est, solutum sit* (1). Mais si, lorsque la société se trouve en liquidation, il existe des dettes conditionnelles ou à terme, le *magister*, dans la crainte d'une insolvabilité future des associés, peut exiger de ces derniers la *cautio cum dies venerit defensum iri socium* (2).

Le *magister* a le droit de se faire rembourser par les associés les sommes qu'il a personnellement exposées au nom de la société. Mais il ne saurait se faire restituer ce qu'il a perdu uniquement par suite de son imprudence : *Quod quî ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire* (3). Il en

(1) L. 27 *Pro Socio.* D.
(2) L. 28. *Pro Socio.* D.
(3) L. 203. *De Reg. juris.* D.

serait de même pour les pertes qu'il aurait éprouvées comme une suite très indirecte, de sa gestion, comme s'il avait été privé d'une succession ou d'un legs à cause de sa fonction.

Si, au contraire, le *magister* se trouve être débiteur de la société, celle-ci pouvait le poursuivre par l'office soit d'un autre *magister*, soit d'un *actor* spécial, nommé à cet effet.

Les règles particulières qui régissaient le contrat de société, contenaient cette règle particulière applicable au *magister* associé, que les sommes dues par lui produisaient interêt, de plein droit, indépendamment de toute mise en demeure : *socius, si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente, præstabuntur usuræ* (1). Mais, si la société avait mis le *magister* débiteur en demeure de restituer les sommes qu'il avait puisées à la caisse sociale, cette *mora* avait pour effet d'entraîner contre le *magister* coupable une condamnation à des dommages-intérêts, *sed non quasi usuras, sed quod socii intersit, moram eum non adhibuisse* (2).

Le *magister* est tenu comme tout associé de gérer avec soin les affaires sociales. Il ne saurait compenser le préjudice qu'il a pu causer à la société avec les bénéfices qu'il a procurés à cette dernière, puisque, en procurant ces bénéfices, il n'a fait que remplir strictement son devoir.

L'associé *magister* est responsable du dol et des fautes qu'il a commis au cours de sa gestion. Ses fautes seront appréciées, d'après le droit commun en matière de société, non pas par comparaison avec le zèle du père de famille le plus diligent, mais d'après

(1) L. 1, parag. 1. *De Usuris*. D.
(2) L. 60, *Pro Socio*. D.

le soin que le *magister* apporte à la gestion de ses propres intérêts. C'est dire que la faute du *magister* sera appréciée *in concreto* et non pas *in abstracto*.

3° Sanctions qui garantissent les obligations des associés entre eux.

L'action est la sanction naturelle de tout droit, qu'elle rend efficace et obligatoire. Les rapports des associés entre eux ou avec la société se trouvaient sanctionnés par les actions *pro socio* et *communi dividundo*. Ces deux actions diffèrent profondément par leur cause et par leur but, et l'on n'use pas, à volonté, de l'une ou de l'autre.

L'action *pro socio* dérive du contrat de société, l'action *communi dividundo* dérive du simple fait de l'indivision, aussi la donne-t-on à tous les copropriétaires même non associés (1). L'action *pro socio* ne tend qu'à assurer la réalisation d'un apport, le remboursement d'une avance ou l'indemnité d'une perte (1). Au contraire l'action *communi dividundo* a pour but essentiel le partage. Faut-il en conclure que l'action *pro socio* ne saurait être exercée que durant la société, tandis que l'action *communi dividundo* en supposerait toujours la dissolution ? Il est certes plus facile de supposer l'action *pro socio* intentée avant la dissolution ; et pourtant un texte nous apprend que cela ne se voyait guère dans la pratique, parce que, sans doute, l'associé qui avait à se plaindre de l'inexécution du contrat, s'empressait de le dissoudre par une renonciation (dans les sociétés ordinaires). Quant à l'action *communi dividundo*, on peut la supposer en jeu au cours de la société, s'il y a lieu, par exemple, à un partage de bénéfices. En résumé, dit M. Accarias, «l'action *communi dividundo*e st nécessaire toutes les fois que les associés se trouvent dans l'indivision

(1) L. 1 et 2 pr. *Comm. divid.* D.

à l'égard d'un ou de plusieurs objets..... En sens inverse, l'action *pro socio* est indispensable, soit que les associés n'aient pas de biens indivis, soit qu'ils aient des obligations étrangères à ces biens. D'où il résulte que l'exercice de l'une de ces actions ne supprime pas nécessairement l'autre. »

L'action *pro socio* avait probablement, à l'origine, un caractère pénal. Il en résulta comme conséquence, que l'associé qui se laissait condamner était noté d'infamie. Cette sévérité était, il est vrai, compensée par la faculté qu'avait l'associé poursuivi de faire appel à l'exception *quod facere potest* (1). Grâce à cette exception, le défendeur ne pouvait être condamné que jusqu'à concurrence de son avoir, et évitait même toute condamnation s'il ne possédait absolument rien. Il y avait là une grande faveur que certains textes appellent un bénéfice (2) et dont le but était de soustraire à l'emprisonnement le défendeur incapable d'exécuter la condamnation qu'il avait encourue.

Certains auteurs ont prétendu que les sociétés de Publicains se trouvaient soumises à une règle exceptionelle. Suivant eux, l'associé condamné sur une poursuite *pro socio*, n'encourait pas l'infamie et par suite n'avait pas droit, comme compensation, au bénéfice de l'exception *quod facere potest*. Pour soutenir une pareille opinion, on a invoqué l'autorité d'un texte d'Ulpien qui semble restreindre le bénéfice de l'exception *quod facere potest*, aux associés à titre universel : *Sunt qui in id quod facere possunt, conveniuntur, id est, non deducto œre alieno. Et quidem sunt hi fere qui pro socio conveniuntur : socium autem bonorum accipiendum est* (3). Mais un autre texte du même jurisconsulte est venu donner à la

(1) L. 63. pg. 1. *Pro Socio.*
(2) L. 63. pg. 1. *Pro Socio.* D
(3) L. 16. *De re judic.* D.

règle sa véritable portée et reconnaître à tous les associés indistinctement le bénéfice de l'exception *quod facere potest*, et cela par une conséquence de ce *jus fraternitatis* que les Romains considéraient comme inhérent à toute société : *Verum est, quod Sabino videtur etiam si non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id, quod facere possunt, quodve dolo malo fecerint, quo minus possint, condemnari oportere* (1).

4° Dissolution de la société. — Conséquences

Nulla societas in æternum coitio est, dit Paul à la loi 70, *Pro Socio*. Les *societates unius rei* ou *alicujus negotiationis* s'éteignaient principalement par la réalisation du but poursuivi. La société de Publicains expirait avec le bail qu'elle avait contracté, et durait, au plus, cinq ans ; la maxime de Paul n'était donc pas écrite pour mettre un frein à une durée illimitée de sa part.

Modestin et Ulpien, recherchant par quelles causes la société peut disparaître, énoncent qu'une *societas* peut se dissoudre *ex personis, ex rebus, ex voluntate*.

a). La société est dissoute *ex personis* par la mort naturelle de l'un des associés, par la *maxima* ou la *media capitis deminutio* par *l'emptio bonorum* et la *publicatio*.

Dire que la société se dissout par la mort de l'un des associés, cela signifie qu'elle ne continue ni entre les survivants, ni entre les survivants et les héritiers du prédécédé. On pouvait, il est vrai, par une clause expresse, déroger à la première de ces conséquences, mais la deuxième s'impose, en dépit de toute disposition contraire, et cela à cause de l'*intuitus personæ* qui régit les rapports des associés entre eux.

La règle était différente pour les sociétés *vectiga-*

(1) L. 63, pr. *Pro Socio*. D.

lium, car la considération des personnes ne domine plus le contrat d'association, les hommes s'effacent devant les capitaux. En cas de mort de l'un des associés, la société de Publicains subsiste, de plein droit, entre les associés survivants : *In societate vectigalium nihilominus manet societas et post mortem alicujus* (1).

On peut même, par une convention formelle, stipuler lors de la conclusion du contrat que la société continuera entre les survivants et les héritiers du prédécédé *sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis ejus adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat* (1). Mais cette clause formelle, *adscriptio*, ne suffisait pas pour faire de l'*hœres* du défunt un véritable *socius*. Il devait en plus être agréé, *adscitus*, par les associés survivants, qui pouvaient se refuser à recevoir dans leur association un nouveau venu inintelligent ou dissipateur : *Circa societates vectigalium ceterumque idem observamus, ut hœres socius non sit, nisi fuerit adscitus* (2).

Si l'héritier du défunt ne se trouve pas agréé par les associés survivants, la société n'est pas dissoute. Mais l'héritier ne sera pas *socius*, il gardera simplement ses *partes*, comme un simple bailleur de fonds et n'aura que les droits et les obligations attachés à cette dernière qualité.

La société ordinaire se trouvait également dissoute par la *maxima* ou *la media capitis deminutio* qui anéantissaient la personne civile et brisaient, par suite, les liens de créance et d'obligation. Lorsque l'un des associés est frappé par la *maxima capitis deminutio*, le *dominus* au pouvoir de qui il tombe, n'acquiert les biens de l'ancien associé qu'à la charge de payer les dettes. L'action *pro socio* est donnée contre lui, *utili-*

(1) L. 59, *Pro Socio*. D.
(2) L. 68, pg. 8. *Pro Socio*. D.

tatis causa pour l'*ante gestum;* faute par lui d'y satisfaire, le prêteur ordonne l'envoi en possession de ses biens (1).

La *media capitis deminutio* subie par l'un des associés, entraîne la dissolution de la société (2). Mais celle-ci peut-être reformée avec l'ancien associé devenu pérégrin, puisque le contrat de société appartient au droit des gens.

La société de Publicains ne pouvait être atteinte ni par la *maxima* ni par la *media capitis deminutio.* Cette solution était évidente, puisque, comme nous l'avons vu, la mort naturelle de l'un des associés laissait subsister le contrat entre les associés survivants. A défaut donc de convention contraire, la société continuait ses effets entre les associés qui n'avaient pas souffert de *capitis deminutio.*

b). La société se dissout *ex rebus* par la réalisation de l'affaire qui a motivé la constitution de la société ou par la perte du fonds social.

A l'expiration de son bail la société de Publicains, ayant rempli ses engagements, cessait naturellement d'exister. Même avant d'avoir atteint le terme légal de sa durée, la société pouvait se voir imposer la résiliation de son bail par le Sénat pour cause d'inexécution du cahier des charges, *lex censoria* (3).

Parmi les autres causes de dissolution *ex rebus,* Ulpien signale tout événement qui rendrait impossible la réalisation du but social, tel serait le cas de la prise de la province dont les impôts sont affermés à la société.

c). La société se dissout *ex voluntate* par l'accord unanime des associés (4). La *societas vestigalium* pouvait se dissoudre, comme toute société par la volonté

(1) L. 58. pg. 3. *Pro Socio.*
(2) Ce que nous disons de la *capitis deminutio* s'applique à l'*emptio bonorum* et à la *publicatio.*
(3) *Polybe* VI, 3.
(4) L. 63. pg, 10. *Pro Socio.*

de ses membres, sauf bien entendu à sauvegarder les droits et les intérêts de l'Etat fixés par l'adjudication à l'encontre des *mancipes*.

Quelle était la conséquence de la renonciation d'un seul des associés? Les jurisconsultes romains avaient répondu à cette question par la distinction suivante: la société avait-elle une durée illimitée, elle pouvait être dissoute par la renonciation d'un seul associé, à la condition toutefois que cette renonciation ne fut pas faite frauduleusement, c'est-à-dire d'une façon intempestive et de mauvaise foi.

La société avait-elle au contraire une durée limitée, la renonciation de l'un des associés (qui entraînait la dissolution) ne pouvait avoir lieu que pour des motifs sérieux, sinon l'associé renonçant libérait bien ses coassociés de leurs obligations envers lui-même, mais il restait tenu envers eux de remplir les siennes. A l'arrivée du terme fixé par les parties, un associé pouvait signifier, en toute liberté à ses coassociés, sa volonté de renoncer à sa qualité d'associé : *Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renunciando, socium a se, non se a socio liberat* (1).

La société de Publicains, dont la durée maximum était de cinq ans, ne comportait également la renonciation d'un associé que si elle était basée sur des motifs légitimes. Mais cette renonciation entraînait-elle de plein droit la dissolution de la société? Nous répondons non, sans hésitation, et cela, par analogie avec la règle qui permettait aux sociétés de Publicains de continuer entre les survivants, malgré la mort de l'un des associés. Comme nous l'avons fait observer plusieurs fois, la société de Publicains se présente, comme nos sociétés modernes, sous l'aspect d'une association de capitaux, elle ne saurait, par suite, être affectée par la disparition de l'un des

(1) L. 65, pg. 6. *Pro Socio.* D.

associés. Celui d'entre ces derniers qui avait des raisons exemptes de fraude pour chercher à sortir de l'association dans laquelle il était entré, pouvait céder ses *partes* à des tiers désireux d'occuper la place qu'il se proposait d'abandonner. De pareilles cessions étaient fréquentes et les *partes* des sociétés de Publicains se trouvaient soumises à un véritable cours, semblable à ceux de nos bourses modernes, avec leurs alternatives de hausse et de baisse.

Conséquences de la dissolution de la société. — La dissolution de la société amène la liquidation et le partage du fonds social. La liquidation est l'opération préliminaire indispensable du partage ; elle a pour but d'établir l'actif net de la société.

La société dissoute, les associés ont-ils le droit de prendre les apports qu'ils ont effectués lors de la constitution de la société ? peuvent-ils en opérer le recouvrement ? La réponse à cette question est différente suivant que les apports ont été mis en commun *quoad usum* ou *quoad sortem*. Dans le premier cas, ils seront prélevés par l'associé ; dans le second, ils restent à la masse.

Cette distinction présente encore de l'intérêt à deux points de vue différents. D'abord si la chose périt, les risques sont subis par l'associé dans le premier cas, par la société dans le second. En second lieu, si la chose a été apportée *quoad usum* seulement, le droit de l'associé est subordonné à la continuité de cet usage, de sorte que si la chose vient à périr, la société est dissoute, car l'un des associés se trouve désormais sans mise. Ce résultat ne serait pas obtenu si l'apport avait été fait *quoad sortem*. La société *vectigalium* pouvait éviter aisément cette cause de dissolution, en stipulant, comme pour le cas de décès, que la société continuerait entre les survivants.

La question de savoir si l'apport a été fait pour le

simple usage ou pour l'entière propriété est une pure question de fait, particulier à chaque espèce. C'est ainsi que ceux qui ont apporté à la société *vectigalium* des esclaves, seront vraisemblablement considérés comme ayant eu l'intention de n'en mettre que l'usage en commun et cela à cause de la courte durée de la société.

Dans le doute, nous croyons qu'il faut présumer le *quod minimum*, c'est-à-dire l'apport *quoad usum*.

Si tous les associés ont fait des apports de choses fongibles (tel est le cas où la société *vectigalium* ne comprend que des *mancipes* apporteurs de sommes d'argent) faut-il supposer le *quoad usum* ou le *quoad sortem?* La question n'a pas d'intérêt si les associés ont stipulé une part dans les bénéfices proportionnelle à leur apport. Mais en l'absence d'une telle stipulation, le capital social devra se partager en parts égales, il est donc intéressant de savoir si les associés pourront prélever leurs apports. Dans le doute, nous croyons qu'il faut décider que les apports ont été faits *quoad usum* et qu'ils pourront être prélevés; le but de la société est moins, en effet, de mettre des choses en commun que de produire des résultats et de réaliser des bénéfices.

Qu'adviendra-t-il si l'un des associés a fait un apport en argent et l'autre un apport en industrie? (tel serait le cas où dans la société de Publicains les *participes* seuls ont fait des apports en argent). En l'absence de convention, l'associé qui a fait l'apport en argent a-t-il le droit de le prélever? Nous ne le pensons pas et nous croyons que la somme d'argent a été versée à la société *quoad sortem*. Les textes, en effet, mettent l'apport en industrie sur le même rang que l'apport en argent (1); puisque l'un et l'autre sont également des instruments destinés à produire

(1) Parag. 2, Inst., 3, 26, *De Societ.* — L. 52, pag. 2, *Pro socio.* D.

des bénéfices. Or, a-t-on dit, l'associé, qui a mis son industrie dans la société, ne pouvant par la force des choses prélever l'instrument-travail, on ne voit pas pourquoi l'autre associé prélèverait l'instrument capital.

Généralement les associés fixaient eux-mêmes dans le contrat social, la part de chacun d'eux dans les bénéfices et dans les pertes. La loi n'intervenait que lorsque les parties avaient négligé de se prononcer sur ce règlement. La société de Publicains étant une société publique, soumise à un cahier des charges, entourée de précautions et de formalités, devait nécessairement prévoir et régler cette répartition des bénéfices. Si les associés avaient négligé de se prononcer sur cette importante question, il est aujourd'hui reconnu que les parts de chacun d'eux devaient être égales entre elles. Chaque associé aura donc droit à une part virile et non à une part proportionnelle à sa mise. Cette solution s'imposait dans une législation qui n'avait pas, comme notre code civil (art. 1853), attribué une valeur légalement présumée aux mises industrielles. Comment, en effet, lorsque l'un des associés a fait un apport en industrie, appliquer la règle de la proportionnalité des parts? La convention seule pouvait résoudre une pareille difficulté.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,
BELIN.

FIN

II

DROIT FRANÇAIS

LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

ENTRÉE EN MATIÈRE

Depuis la tentative de Law dont la chute retentissante ne laissa après elle que ruines et désespoirs, les sociétés par actions ont eu en France des fortunes diverses. Le 24 août 1793 un décret de la Convention prononçait la suppression de toutes les sociétés existantes ; bientôt après la Convention allait plus loin et défendait la formation de Compagnies, sous quelque prétexte et quelque nom que ce fut. Les rédacteurs du Code de Commerce se ressentirent de ces préventions et Cambacérès disait au Conseil d'Etat : « Que trop souvent ces entreprises ne sont « qu'un piège tendu à la crédulité publique », et Regnault de Saint-Jean-d'Angely ajoutait : « Qu'on voyait les Com- « pagnies compromettre la fortune des actionnaires et des « administrateurs, altérer momentanément le crédit géné- « ral et mettre en péril la tranquillité publique. »

Aujourd'hui même, alors que, en présence de l'œuvre merveilleuse accomplie par elles, il semblerait que les sociétés par actions ne devraient recueillir que louanges et bénédictions, les critiques les plus acerbes ne leur font point défaut. Les uns, envisageant la toute puissance de ces unions de capitaux, dénoncent comme anti-national et anti-social le rôle de ces superbes sociétés, usurpant la mission de l'Etat et s'occupant des intérêts privés aussi bien que des intérêts publics. Les autres, c'est le plus grand nombre, tirant parti des abus inévitables auxquels les sociétés, comme toute institution humaine, ont donné lieu, sont près de confondre les mots de société et d'escroquerie. Ils crient bien haut que c'est là un gouffre béant où les millions du riche et l'épargne du pauvre s'engloutissent au profit de quelques audacieux que les bancs de la correctionnelle ne sauraient retenir.

Nous ne partageons pas ces opinions dont l'exagération

est évidente, et tout en reconnaissant les défaillances et les insuccès, nous nous refusons à appliquer la maxime :

« *Ab uno disce omnes.* »

A ceux qui doutent de la nécessité de l'association, nous nous bornons à rappeler les éloquentes paroles que prononçait le rapporteur de la loi de 1867, devant le Corps législatif : « Il en est du capital comme de l'eau répandue « sur la surface de la terre ; inerte ou abandonnée au « hasard, elle est inutile, quand elle n'est pas malfaisante. « Qu'une main industrieuse réunisse et concentre des « sources et des ruisseaux épars, elle crée un courant, « une force motrice, un moyen économique et fécond. »

Cette pensée a trouvé, depuis le commencement du siècle, une éclatante justification ; l'association a donné à l'homme des forces que seul il n'aurait pu fournir ; elle lui a permis de réaliser des projets que l'homme isolé eût considérés comme chimériques, et la science a trouvé en elle l'auxiliaire le plus puissant et le plus actif pour le bien de l'humanité. « Nous perçons des isthmes, nous « brisons des montagnes, s'écrie M. Jules Léveillé, au « temps des légendes, il eut fallu des demi-dieux pour « oser de telles œuvres, aujourd'hui nos ingénieurs en « viennent à bout avec de l'argent, des bras et de l'air « comprimé. »

Entre toutes les sociétés qui depuis le commencement du siècle ont littéralement transformé le monde, la société anonyme occupe une place justement prépondérante. Elle a été le levier le plus puissant de ce grand mouvement scientifique et industriel dont nous pouvons suivre les étapes victorieuses. C'est l'anonymat, c'est-à-dire le concours du plus grand nombre, l'association des capitaux modestes aussi bien que des fortunes puissantes, qui a donné la vie à ces chefs-d'œuvre que notre époque s'est lassée d'admirer, mais que nos aïeux ne soupçonnaient même pas, les chemins de fer, la navigation à vapeur, les câbles internationaux, etc., etc.

Aussi est-il naturel qu'à la seule idée d'entreprendre une étude sur les sociétés, l'attention et les recherches se portent sur les plus considérables et les plus puissantes

d'entre elles : les sociétés anonymes. C'est d'elles spécialement que nous nous occuperons au cours de cette étude, tout en bornant nos explications à ce rouage à la fois le plus indispensable et le plus intéressant des sociétés anonymes : les apporteurs de capitaux grands et petits, les actionnaires.

S'il est impossible de nier les grandes et belles choses dont notre époque est redevable à l'esprit d'association, il faut bien reconnaître que toutes les sociétés n'ont pas rencontré le même bonheur, la même honnêteté ; à côté de Compagnies dont la prospérité et le crédit étaient considérables et justifiés, il y a eu trop souvent des associations déshonnêtes, se dissimulant sous des formes légales pour offrir à la crédulité publique l'appât trompeur d'un gain fantastique ; véritables agences d'agiotage et de mensonges mettant en coupe réglée la bourse des travailleurs et des économes. Les procès et les scandales récents ont semé dans le monde des actionnaires la panique et le désarroi. Les sources qui alimentaient l'activité des entreprises nationales se sont subitement taries, justifiant ainsi la pensée profondément juste du chancelier d'Aguesseau : « *Le Français n'a pas changé depuis Jules-César.* « *Extrême en tout, il passe sans milieu de l'excès de la* « *confiance, à l'excès de la défiance. Il n'y a point de* « *pays où l'on puisse hasarder plus aisément des entre-* « *prises qui ne roulent que sur l'opinion.* »

Et pourtant les actionnaires ruinés qui fatiguent la justice et les pouvoirs publics de leurs doléances, peuvent-ils affirmer qu'ils ont conscience d'avoir tout fait pour éviter la chute finale ? N'ont-ils pas accepté à la légère les promesses alléchantes de la publicité, et n'ont-ils pas, de gaîté de cœur, accordé leur confiance à des gens dont ils ne pouvaient apprécier la capacité et l'honnêteté financière ? Et puis, il faut bien le dire, n'ont-ils pas souvent accepté tacitement les aléas et consenti à courir les chances de l'entreprise, séduits qu'ils étaient par l'espérance d'une réussite presque fabuleuse ? Ceux-là qui crient si fort aujourd'hui, ne sont-ils pas quelquefois des joueurs mal-

heureux que la chance a trahis, et qui ne peuvent se résigner à une perte que le bon sens faisait prévoir et que leur aveugle rapacité a provoquée ?

S'il est, certes, parfois difficile aux actionnaires de résister aux affirmations et aux sollicitations des fondateurs et des administrateurs des sociétés, peut-être aussi s'ils connaissaient mieux leurs droits et s'ils voulaient user des armes légales que le législateur prévoyant leur a réservées, pourraient-ils le plus souvent déjouer et dénoncer les tentatives de fraude, de violation des statuts dont ils seront plus tard les victimes d'autant plus malheureuses qu'ils ont été plus confiants et plus négligents.

Cette étude n'a d'autre but que de réunir et de classer méthodiquement les moyens d'intervention efficaces que les actionnaires ont entre les mains. Les assemblées d'actionnaires sérieuses, conscientes de leurs droits et les faisant respecter seront le contre-poids le plus sûr et le plus ferme d'une administration sociale, légère ou coupable. Leurs investigations et leurs exigences leur feront un peu jouer le rôle d'une assemblée délibérante, contrôlant les actes du pouvoir exécutif; elles seront véritablement l'âme de la personne morale, réglant les intérêts de la collectivité.

DIVISION

TITRE I. — **Considérations générales sur les assemblées d'actionnaires.**

TITRE II. — **Des assemblées constitutives.**

TITRE III. — **Des assemblées ordinaires.**

TITRE IV. — **Des assemblées extraordinaires.**

TITRE V. — **Appendice : Transformation de la société par augmentation du capital social. — Fusion des sociétés. — Droit d'action des actionnaires.**

TITRE I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Sommaire :

1° *Diverses classes d'assemblées d'actionnaires* (pag. 1).
2° *Assemblées constitutives. — A. Composition. — B. Votation* (pag. 2-4).
3° *Assemblées ordinaires. — A. Composition. — B. Votation* (pag. 4-6).
4° *Assemblées extraordinaires. — A. Composition. — B. Votation* (pag. 6-9).
5° *De la majorité requise dans les diverses assemblées. — Majorité fictive* (pag. 9-12).
6° *De quelques exclusions du droit de voter. — Des mandataires* (pag. 12-15).
7° *De la convocation des diverses assemblées* (pag. 15-17).
8° *Ordres du jour. — Procès-verbaux. — Bureau* (pag. 17-21).

1° Diverses classes d'assemblées d'actionnaires

A côté des administrateurs, dont les pouvoirs sont limités, se réunissent à intervalles réguliers ou sur convocations spéciales, les assemblées d'actionnaires. Réunis en assemblée générale, les actionnaires exercent un pouvoir dont la souveraineté n'est limitée que par la loi ou les engagements statuaires. Ce sont eux qui recueillent à l'origine les déclarations des fondateurs et en vérifient la sincérité. Ils sont chargés de l'approbation des apports en nature et des avantages particuliers et nomment les premiers organes exécutifs de la société. Plus tard ils révoquent les administrateurs qu'ils ont choisis, les remplacent

par de nouveaux, ils reçoivent leurs comptes, les approuvent ou les repoussent, fixent le dividende à distribuer. Leur rôle ne se borne pas là. Il appartient aussi à l'assemblée générale des actionnaires de modifier les statuts dans les limites déterminées par les conventions sociales ou par la loi elle-même.

En s'attachant à ces diverses attributions, on distingue les assemblées générales : *Constitutives, Ordinaires, Extraordinaires.* Cette distinction présente de l'intérêt au double point de vue de la composition et de la votation des assemblées. La loi de 1867, dans ses art. 26, 28, 29, 30 et 31, contient sur ces différents points certaines dispositions que nous allons examiner.

2° Des assemblées constitutives

a) *Leur composition.*— On appelle ainsi les assemblées d'actionnaires qui ont à prendre les délibérations nécessaires pour la constitution de la société. Elles vérifient les apports en nature et les avantages particuliers ; elles examinent les déclarations des fondateurs concernant la souscription totale et le versement du quart, et nomment les premiers administrateurs et les premiers commissaires de la société (art. 30, al. 1; art. 27, al.2; art 25 al. 1 de la loi de 1867.)

A raison de leur importance et de l'époque de leur réunion qui précède nécessairement la constitution de la société, la composition des assemblées constitutives est toute spéciale : *Tout actionnaire n'eut-il qu'une action a le droit d'être admis avec voix délibérative;* on ne saurait appliquer la clause des statuts qui exige un nombre minimum d'actions, puisque la société n'est pas encore constituée.

Les assemblées constitutives doivent être composées d'actionnaires représentant au moins *la moitié*

du capital social en numéraire (art. 30). Ce capital ne se compose que des apports non soumis à vérification quand il s'agit de l'assemblée destinée à vérifier les apports en nature et les associés apporteurs n'ont pas voix délibérative (art. 30).

Si les actionnaires ainsi réunis ne représentent par la moitié du capital social, la délibération n'est que provisoire. Deux avis insérés dans un journal, à huit jours d'intervalle et un mois au moins à l'avance font connaître aux actionnaires les résolutions provisoirement votées. Celles-ci deviendront définitives, si elles sont ratifiées par une nouvelle assemblée, qui délibérera valablement si elle représente au moins le *cinquième du capital social* (art. 30 al. 3).

Si ce dernier chiffre n'était pas atteint, la constitution de la société serait impossible, et les souscripteurs seraient déliés, sans qu'il soit permis de parer à cette éventualité par une clause des statuts, tout étant de rigueur à l'origine des sociétés.

b). Votation. — Le vote a lieu par tête, il est donc en principe égalitaire. Mais une clause expresse des statuts et spéciale aux assemblées constitutives peut accorder plus d'une voix aux souscripteurs de plusieurs actions, sans que toutefois ce chiffre puisse être supérieur à dix, quel que soit le nombre des actions souscrites. Ce maximum est composé pour chaque actionnaire en ajoutant aux actions qu'il possède celles qu'il détient à titre de mandataire ; c'est ce que décide implicitement l'art. 27 de la loi de 1867.

L'art. 30 se borne à exiger pour la validité des délibérations que l'assemblée constitutive représente la moitié du capital social en numéraire. Faut-il aussi, d'après l'art. 4, relatif aux sociétés en commandite par actions, que la majorité représente *le quart du capital social en numéraire et des actionnaires ?* On a soutenu, avec raison croyons-nous, la négative, l'art. 30

étant muet sur ce point et l'art. 28 disant expressément que les délibérations seront prises à la majorité des voix. Toutefois, comme le contraire a été très souvent jugé (1), il sera toujours plus prudent de se conformer aux exigences de l'art. 4, si rigoureuses qu'elles soient, et d'exiger non seulement une composition spéciale de l'assemblée constitutive, mais aussi une composition spéciale de la majorité requise.

3° Des Assemblées Ordinaires

a). Leur composition. — L'assemblée ordinaire se réunit au moins une fois par an, à l'époque fixée par les statuts (art. 27). Elle examine l'inventaire annuel, le rapport des administrateurs et celui des commissaires de surveillance, le bilan et les propositions de distributions de dividende.

En principe, tout actionnaire a le droit de prendre part aux assemblées ordinaires, avec voix délibérative. Mais le plus souvent les statuts exigent la possession d'un certain nombre d'actions, soit à titre de propriétaire, soit à titre de mandataire. Un amendement de M. de Janzé, qui demandait qu'on interdit de pareilles restrictions, a été repoussé en 1867.

L'assemblée ordinaire ne délibère valablement que si elle comprend assez d'actionnaires pour représenter *le quart au moins du capital social.* Si cette condition n'est pas remplie, une nouvelle assemblée est convoquée dans les formes et avec les délais prescrits par les statuts; elle délibère valablement, quelle que soit la portion du capital social représenté par les actionnaires qui ont répondu à la convocation (art. 29).

b). Votation. — La loi française admet implicitement, en principe, le suffrage égalitaire et universel. Mais, de même que les statuts peuvent interdire l'accès de l'assemblée ordinaire à tout actionnaire qui ne

(1) Angers.-Sirey 1887. 2. 417. — Paris. Dalloz. 1892. 2. 347.

posséderait pas un nombre déterminé d'actions, de même ils peuvent attribuer à celui qui est porteur de plusieurs actions un nombre de voix proportionnel à celui de ses actions. Le nombre de voix ainsi attribuées n'est pas limité à dix, comme pour les assemblées constitutives. Il y aurait toutefois imprévoyance à ne pas fixer dans les statuts une limite quelconque ; sinon un actionnaire, en sollicitant et réunissant un grand nombre de mandats, pourrait arriver à faire à lui seul la majorité dans l'assemblée.

Les délibérations de l'assemblée seront nulles, non seulement si des actionnaires, ayant droit de vote d'après les statuts, ont été exclus, mais aussi si l'on a admis avec voix délibérative ceux que les statuts ont écartés. Dans ce dernier cas, en effet, on a restreint le droit des actionnaires qui seuls devaient composer l'assemblée générale (1).

Droit comparé. — Les lois étrangères sont généralement loin de laisser aux statuts toute latitude pour réglementer le droit de vote et le nombre de voix accordées aux gros actionnaires. En *Belgique* et en *Allemagne* tout actionnaire jouit nécessairement du droit de vote, et aucune clause des statuts ne pourrait le priver de ce droit. Tout actionnaire a, d'autre part, un nombre de voix proportionnel au nombre de ses actions ; toutefois le code allemand laisse aux statuts la faculté de limiter le nombre de voix des grands porteurs d'actions et la loi belge de 1873, art. 61, déclare que nul ne peut prendre part au vote pour un nombre d'actions dépassant la cinquième partie de la totalité des actions émises ou les deux cinquièmes des actions représentées à l'assemblée générale.

Le *Code Suisse des obligations* (art. 640) consacre le suffrage universel des actionnaires et le vote proportionnel aux actions, mais les statuts peuvent

(1) Trib. Comm. Seine, 2 Sept. 1885, le Droit, n° du 11 Sept. 1885

limiter le nombre de voix ainsi accordées ; en tout cas, la loi déclare que jamais un actionnaire ne saurait avoir un nombre de voix supérieur au cinquième des voix représentées à l'assemblée générale.

Le *Code Portugais*, se rapprochant des dispositions de notre loi de 1867, établit en principe le suffrage universel, avec la faculté pour les statuts de n'accorder le droit de vote qu'aux porteurs d'un certain nombre d'actions et d'admettre le suffrage proportionnel. Toutefois des précautions sont prises contre l'arbitraire des gros actionnaires. C'est ainsi qu'aucun actionnaire ne peut avoir plus d'un dixième du nombre total des voix attribées à l'ensemble des actionnaires ni plus du cinquième des voix des actionnaires présents et représentés. D'autre part, par une disposition extrêmement heureuse et dont notre législation vient de s'inspirer (1), les actionnaires qui n'ont pas le nombre d'actions exigés par les statuts pour prendre part au vote, peuvent réunir leurs actions entre les mains de l'un d'eux et lui donner la mission de les représenter à l'assemblée générale. Enfin, à défaut de disposition contraire, les actionnaires qui n'ont pas le nombre d'actions pour avoir voix délibérative, ont tout au moins voix consultative (Code de com. Portugais, art. 183, pp. 3 et 4 et art. 185).

4° Des assemblées extraordinaires

a). *Leur Composition.* — Ces assemblées ont de graves décisions à prendre : elles sont appelées à délibérer sur les modifications à apporter aux statuts. Aussi la loi de 1867 (art. 31) déclare-t-elle qu'elles ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont

(1) Cette heureuse innovation vient d'être adoptée par la chambre des députés, à la suite d'un projet de loi de M. G. Graux, qui ajoute à l'art. 27 de la loi de 1867 le paragraphe suivant : « Tous propriétaires d'un nombre d'actions inférieur à celui déterminé pour être admis dans l'assemblée, pourront se réunir pour former le nombre nécessaire et se faire représenter par l'un d'eux ». Cette loi porte la date du 1er août 1893.

composées d'un nombre d'actionnaires représentant *au moins la moitié du capital social*. Cette condition est seule exigée.

La loi de 1867 n'a pas prévu le cas où l'assemblée extraordinaire ne réunirait pas un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social. Sans doute, une nouvelle assemblée pourra être convoquée, mais devra-t-elle pour délibérer valablement se soumettre aux conditions exigées pour la premiére ? La question est controversée. M. Vavasseur soutient que les statuts peuvent prévoir la difficulté et stipuler que la nouvelle assemblée délibérera valablement si elle représente soit le cinquième du capital social comme pour les assemblées constitutives, soit tout autre fraction de ce capital, ou même quel que soit le nombre des associés présents. (Vavasseur, Traité des Soc. Civ. et Com. II, n° 899). Cette solution ne nous parait pas admissible. Les résolutions à prendre par l'assemblée extraordinaire ont trop d'importace et de gravité pour qu'elles puissent résulter du vote d'un nombre infime d'actionnaires. Du reste, la loi de 1867 qui a prévu l'hypothèse pour les assemblées constitutives (art. 30) et pour les assemblées ordinaires (art. 27), fixant dans ces deux cas le nouveau quorum nécessaire pour la validité des résolutions de la seconde assemblée, a gardé un silence significatif, quand il s'est agi des assemblées extraordinaires. Ce silence, qui ne paraît nullement être le résultat d'un oubli, semble donc impliquer que toute assemblée extraordinaire ne saurait délibérer valablement qu'à la condition de représenter au moins la moitié du capital social. C'est là un minimum fixé par l'art. 31 de la loi de 1867, et qui ne saurait être diminué par une clause expresse des statuts (1).

(1) Lyon-Caen et Renault : Traité de Droit Commercial, T. II. n° 863 bis — Mathieu et Bourguignat, n° 203. — P. Pont, II, n° 1685.

b). Votation. — Dans le silence des statuts, il n'est pas douteux que tous les actionnaires auront le droit d'assister à l'assemblée extraordinaire et de prendre part au vote. Mais on discute la question de savoir s'il peut être dérogé à cette règle de droit commun, s'il est loisible pour ces assemblées, comme pour les assemblées ordinaires, de s'en référer aux statuts, qui le plus souvent subordonnent le droit de vote à la possession d'un certain nombre d'actions et admettent le vote proportionnel avec des limitations. Nous n'hésitons pas à déclarer que le suffrage universel n'est pas obligatoire et que les conventions statutaires pourront régler librement cette question de suffrage. C'est là le droit commun en matière d'assemblée générale (L. 1867, art. 27) et la loi a pris soin de s'expliquer formellement toutes les fois qu'elle a voulu y déroger. C'est ainsi que l'art. 27, 2e alinéa exige pour les assemblées constitutives, que tout actionnaire, quel que soit le nombre d'actions dont il est porteur, prenne part aux délibérations de l'assemblée. C'est ainsi encore que l'art. 37, prévoyant le cas où la dissolution de la société serait motivée par la perte des trois quarts du capital social, demande que la question de dissolution soit soumise à *tous* les actionnaires. En dehors de ces deux cas expressément prévus et reglés, les conditions de vote et de proportionnalité des voix pourront être souverainement réglées par les statuts aussi bien pour les assemblées ordinaires que pour les assemblées extraordinaires (1).

Cette solution présente une difficulté au cas, où, en fait, les actionnaires ayant, d'après les statuts, le droit de vote, ne représenteraient pas la moitié du capital social. Nous croyons qu'il faudrait alors faire abstraction des exigences statutaires et revenir au

(1) Aix, 23 Janvier 1886, Revue des Soc. 1886. p. 453. — Vavasseur, II. n° 899. — Journal des Sociétés, 1880, p. 549.

droit commun, c'est-à-dire au suffrage universel, tout en respectant les limites apportées à la proportionnalité des voix (1).

5° De la majorité requise dans les diverses assemblées. — Majorité fictive

L'art. 28 de la loi de 1867 dispose que : dans toutes les assemblées générales *les délibérations sont prises à la majorité des voix.* Nous nous sommes demandés, lorsqu'il s'agissait des assemblées constitutives, s'il fallait dans ce cas une composition spéciale de cette majorité, par application de l'art. 4 de la loi de 1867 (voir supra).

Faut-il exiger la majorité absolue ou bien se contentera-t-on de la majorité relative? La question peut se poser, d'abord, lorsqu'il s'agit de la nomination des administrateurs et commissaires, et que plusieurs candidats sont en présence. Il semble alors, qu'à moins de clause contraire insérée dans les statuts, on pourra se contenter de la majorité relative (2). Mais il faudrait adopter la solution contraire lorsque la majorité absolue ne serait pas atteinte par suite de l'abstention de plusieurs membres de l'assemblée. Dans ce cas, en effet, la majorité relative ne saurait suffire, les abstenants devant être considérés comme désapprouvant la proposition. Celle-ci doit donc être rejetée ou tout au moins ajournée puisqu'elle ne satisfait pas au vœu de l'art. 4, parag. 4 de la loi de 1867 qui déclare que les délibérations seront prises à la majorité des membres *présents*. La question toutefois est controversée et la jurisprudence paraît être contraire à la solution que

(1) Revue des Sociétés, 1889, p. 221. La cour de Cassation vient de décider que, si les statuts sociaux portant que le directeur ne peut être remplacé que par une assemblée représentant la moitié du capital, les porteurs d'une seule action, exclus dans la pensée que le quorum statutaire serait atteint en dehors d'eux, seront admis, s'il était impossible sans eux, d'obtenir ce quorum. Cas. 3 juillet 1893— Rev. des Soc. 1893, p. 437.

(2) Tribun. Comm. Seine, 29 Juin 1870.

nous donnons et n'exiger dans tous les cas que la majorité relative (1).

Le vote émis par un actionnaire, si la preuve peut en être rapportée, le rend non recevable à attaquer les résolutions qu'il a approuvées (2).

La règle posée par l'art 28 n'est pas absolue. Les statuts peuvent y déroger, pourvu toutefois qu'ils ne cherchent pas à restreindre les dispositions qui constituent un minimum de garanties légales auxquelles la convention ne saurait déroger.

Ainsi, par exemple, serait certainement licite la stipulation, très usitée jusqu'ici, déclarant que les délibérations modifiant les statuts, ne seront valables que si elles réunissent une majorité des deux tiers ou des trois quarts des voix.

Lorsque les statuts attribuent plusieurs voix à certains actionnaires, c'est-à-dire lorsque le suffrage est censitaire et non égalitaire, le vote a lieu non à la majorité des membres présents, mais à la majorité des voix représentées par ces membres. Dans ce cas, le vote à main levée serait illicite et entaché de nullité; il faut procéder à l'appel nominal afin de compter et d'additionner les suffrages exprimés suivant la valeur de chacun d'eux (3).

Des fraudes sont parfois commises de façon à faire croire à l'existence d'une majorité en faveur d'une opinion qui n'aurait eu pour elle que la minorité, si les choses s'étaient passées regulièrement. Les art. 13 et 45 de la loi de 1867 prévoient ces fraudes et les punissent (4). Ils visent d'une part les individus qui se prétendant propriétaires d'actions ou de coupons d'actions qui ne leur appartiennent pas, ont ainsi

(1) Tribun. Comm. Seine, 24 Juillet 1883 (Revue des Soc. 1883, p. 755)
(2) Montpellier, 5 février 1880.
(3) Bruxelles, 12 Mars 1877.
(4) Les peines prononcées sont : 1° Une amende de 500 à 10.000 francs. 2° Un emprisonnement de 15 jours à 6 mois. L'art. 13 réserve, en outre, l'action en dommages-intérêts de la société et des tiers.

créé frauduleusement une majorité fictive, et, d'autre part, ceux qui ont remis leurs actions à ces faux porteurs pour en faire un usage frauduleux.

Pour bien comprendre quelles peuvent être ces fraudes, il faut se rappeler une des clauses qu'on trouve le plus fréquemment insérées dans les statuts. Il est stipulé presque toujours que, seuls, les porteurs d'un certain nombre d'actions pourront prendre part à l'assemblée générale. Les actionnaires qui se trouvent ainsi exclus seront tentés de réunir le nombre d'actions nécessaires entre les mains de l'un d'eux (1). Le plus souvent aussi les statuts déclarent que tout actionnaire aura un nombre de voix proportionnel au nombre de ses actions, sans toutefois dépasser un certain chiffre, dix par exemple. Le gros porteur d'actions, qui se trouve visé par cette restriction, cherchera peut-être à utiliser son excédent d'actions en les remettant à des tiers qu'il fera voter avec lui.

Le délit prévu par les art. 13 et 14 ne saurait exister qu'autant que la majorité a été faussée et qu'il y a eu fraude. Si donc, malgré la fraude, la majorité existait déjà en dehors des voix ainsi frauduleusement apportées, on ne se trouverait qu'en présence d'une tentative qui ne serait pas punissable (art. 3, code pénal). Il n'y aurait pas davantage délit si la fraude n'existait pas. Il en serait ainsi au cas où, les statuts permettant l'usage de la représentation, mais exigeant alors une procuration notariée, un actionnaire, par raison d'économie, constituait un mandataire par acte sous seing privé, en autorisant ce dernier à se présenter comme actionnaire.

Afin de mettre tous les intéressés à même de vérifier si les délibérations ont été prises régulièrement, il doit être tenu une feuille de présence contenant les

(1) Lyon, 29 Décembre, 1882.

noms et domicile des actionnaires et le nombre d'actions dont chacun d'eux est porteur. Cette feuille certifiée par le bureau de l'assemblée, doit être déposée au siège social et communiquée à tout requérant (art. 28. L. 1867).

6° (*a*) De quelques exclusions du droit de voter. — (*b*) des mandataires.

a). La loi de 1867 ne contient pas, en principe, d'incapacité pour la participation au droit de vote dans les assemblées générales. Une seule exception est apportée à cette règle par l'art. 4, pag. 5 : dans les assemblées constitutives, les personnes qui font des apports en nature ou qui stipulent des avantages particuliers ne peuvent voter dans l'assemblée qui statue sur l'évaluation des apports ainsi que sur les causes et l'importance des avantages proposés. (Voir ci-après : Des assemblées constitutives).

On s'est demandé s'il ne fallait pas écarter du vote les actionnaires qui sont personnellement intéressés à la question soumise à l'assemblée. Sans parler des raisons de convenance qui semblent devoir pousser les intéressés à une abstention volontaire, les statuts pourraient prévoir l'hypothèse et la régler souverainement (1). On est allé plus loin et on a prétendu que, même en présence du silence des statuts, il fallait refuser le droit de vote aux actionnaires intéressés. La controverse s'est fait jour spécialement au sujet du gérant d'une société en commandite. Pouvait-il prendre part au vote qui devait approuver ou repousser ses comptes annuels? Non, disait-on, parce que ce serait aboutir indirectement à l'absence de reddition de comptes, ce qui est contraire à l'ordre public. Oui, a répondu la cour de cassation, parce que la loi de 1867 ne contient qu'une seule restriction au droit de vote de certains associés, c'est celle de l'art 4, pag. 5,

(1) Dalloz, 1883-1-25.

relative à la vérification des apports, d'où il faut conclure, qu'en principe, tous les associés ont un droit égal à prendre part aux votes de l'assemblée générale. Le remède à cette situation se trouve dans le droit, réservé à tous les associés, de rendre le gérant responsable de son dol, de sa fraude ou même de son impéritie ou de sa négligence. Les mêmes solutions s'imposent, à fortiori, pour les administrateurs des sociétés anonymes.

Les possesseurs d'actions de jouissance n'ont pas voix delibérative dans les assemblées générales réglementées par la loi. Celle-ci, en effet, n'a jamais eu en vue que la représentation du capital. Toutefois cette prohibition ne s'appliquerait pas aux actions de jouissance qui sont délivrées après l'amortissement du capital. Le droit de vote est maintenu pour leurs possesseurs, et, plus tard, après l'amortissement de toutes les actions, ils auraient un droit égal et absolu sur le fonds social. (Vavasseur. Des sociétés civ. et comm.)

Lorsqu'une action appartient pour l'usufruit à une personne et pour la nue-propriété à une autre, il est certain que toutes deux n'ont pas le droit de vote. La cour d'Aix a jugé qu'il suffisait de convoquer l'une d'elles (2). Mais laquelle? l'usufruitier ou le nu-propriétaire? Les administrateurs auront-ils le choix? La question, bien entendu, ne peut se poser que lorsqu'il s'agit de titres nominatifs, et que les statuts imposent la convocation par lettre individuelle. La cour d'Aix laisse le choix à ceux qui sont chargés de la convocation, sauf à celui qui est ainsi appelé, pour la sauvegarde de sa responsabilité, à se concerter avec son cointéressé. Nous croyons que, à moins d'une impossibilité de fait, il est préférable de convoquer les deux intéressés. Ceux-ci pourront, du

(2) Aix, 20 Janvier 1880. Bulletin judiciaire d'Aix, 1880, p. 253.

reste, s'entendre pour se faire représenter à l'assemblée générale soit par l'un d'eux, soit par un mandataire commun. A défaut d'entente ils devraient faire vider le conflit par l'autorité judiciaire (1). Jusque-là, et s'ils persistaient à se présenter à l'assemblée, le droit de vote devrait être refusé à l'un et à l'autre.

Droit comparé. — La plupart des lois étrangères récentes refusent le droit de vote aux actionnaires qui ont un intérêt personnel à la question en discussion. Le code *Italien* (art. 161) et le code *Roumain* (art. 163) disposent que les administrateurs ne peuvent voter ni sur l'approbation des bilans, ni sur les résolutions touchant leur responsabilité. Le code *Allemand* (art. 221 et 190 2e alin.) déclare que celui qui doit être libéré d'une obligation en vertu d'une délibération de l'assemblée générale, ne peut pas prendre part au vote et qu'il en est de même de celui qui conclut avec la société un contrat sur lequel l'assemblée doit délibérer. Le code fédéral *Suisse* contient des prohibitions analogues.

b) Les actionnaires, à moins d'une clause contraire des statuts, ne sont pas tenus d'assister en personne aux assemblées générales. Ils peuvent s'y faire représenter par un mandataire. Les statuts détermineront si la procuration doit être authentique ou sous seing privé, si le mandataire pourra être librement choisi, ou s'il faudra qu'il ait, par lui-même, le droit d'assister aux assemblées d'actionnaires. Cette dernière condition se rencontre souvent; elle a

(1) Il semble que le droit de vote devra alors être attribué de préférence au propriétaire des actions, à l'exclusion de l'usufruitier, (idem. du créancier gagiste). — (Alger 17 Nov. 1884). On peut citer en ce sens les décisions judiciaires qui admettent que le reporteur étant propriétaire des titres et non simple créancier gagiste, peut prendre part aux assemblées générales. (Paris, 19 Avril 1875; S. 1876-2-113). Ceux qui décident, au contraire, que le reporteur n'est qu'un créancier gagiste, lui refusent le droit d'assister aux assemblées (P. Pont, II, p. 550, N° 1152).

pour but d'empêcher que des étrangers ne prennent trop facilement connaissance des affaires sociales. En l'absence de toute clause restrictive des statuts, la liberté la plus complète existe pour le choix des mandataires; mais, inversement, les statuts pourraient, sans excès de pouvoir, aller jusqu'à enlever aux actionnaires, le droit de se faire représenter. On s'est demandé si, au cas où les mandataires viendraient siéger dans une assemblée qui confère aux administrateurs la faculté d'hypothéquer les biens sociaux, il ne fallait pas exiger que la procuration fut rédigée en la forme authentique. La jurisprudence a répondu que non (1), parce que cette mission donnée aux administrateurs n'émane pas directement des actionnaires, mais bien de l'assemblée générale considérée comme un pouvoir collectif englobant et absorbant la personnalité des actionnaires.

Droit Comparé. — La liberté pour le choix des mandataires n'existe pas dans tous les pays. D'après le code *Italien* (art. 160) et le code *Roumain* (art. 112) les actionnaires ne peuvent choisir pour mandataires que des associés. Il n'y a exception à cette règle que pour les incapables et les personnes juridiques, dont les mandataires ne sont pas nécessairement associés, à moins que les statuts ne l'exigent formellement. Les administrateurs ne sauraient être mandataires. Le code *Hollandais* (art. 54) déclare que les administrateurs et les commissaires ne peuvent voter comme mandataires.

D'autre part, la loi *Belge* de 1873 (art. 61), contrairement à notre loi de 1867, dispose que le droit de voter par mandataire est un droit absolu, que les statuts ne sauraient enlever.

(1) Dalloz, 1886-1-97.

7° De la convocation des diverses assemblées

A l'origine de la société, ce sont les fondateurs qui convoquent l'assemblée générale. Pendant son existence, et, à moins de clause contraire des statuts, le droit de convocation ne saurait appartenir qu'aux administrateurs, et, en cas d'urgence, aux commissaires de surveillance (art. 33, l. 1867). La loi de 1867 ne reconnaît pas aux actionnaires, représentant même une partie notable du capital social, le droit de procéder à la convocation ou de l'exiger. Cependant, en présence de l'inertie calculée des administrateurs et des commissaires, un actionnaire pourrait se faire autoriser, par justice, à convoquer l'assemblée. En pareille circonstance, en effet, l'exercice même des actions sociales appartiendrait à l'initiative individuelle (1). L'autorisation serait donnée par un jugement ou même, s'il y avait urgence, par le juge des référés. Elle devrait être refusée, si l'on se trouvait encore dans les délais fixés par les statuts pour la convocation des assemblées (2).

Le pouvoir de convoquer une assemblée générale d'actionnaires comporte à un titre égal la capacité exclusive pour rétracter et proroger cette même convocation. Il en résulte que l'assemblée générale, tenue à la date primitivement fixée par les avis de convocation, et malgré l'avis de prorogation régulièrement publié, doit être déclarée nulle (3).

La loi est muette sur les formes de convocation et les délais à observer. Ces divers points seront reglés souverainement par les statuts. Toutefois, l'art. 30 de la loi de 1867 prévoit le cas où une assemblée constitutive ne représenterait pas la moitié du capital social en numéraire. Il faudra alors convoquer une

(1) Paris, 22 Avril 1870 et Cassation 7 Mai 1872. Dalloz. 1870, 2-121; 1872, 1-233.
(2) Paris, 16 Juillet 1872.
(3) Cour de Paris 21 Février 1893. — Rev. des Soc. 1893, p. 378.

nouvelle assemblée, au moyen de deux avis à insérer, à huit jours d'intervalle et un mois d'avance, dans l'un des journaux d'annonces légales. L'art. 25 prescrit également de ne convoquer la première assemblée générale qu'après la confection de l'acte qui constate la souscription du capital social et le versement du quart; la convocation faite antérieurement entraînerait la nullité de l'assemblée générale (1).

Les avis de convocation se font ordinairement par la voie des journaux. Il faudra, toutefois, pour les assemblées annuelles que ces avis soient antérieurs d'au moins une quinzaine à la date fixée pour la réunion, afin que les actionnaires puissent librement user du droit de communication des pièces, que leur confèrent les art. 12 et 35 de la loi de 1867.

Si les statuts ont fixé le mode de convocation des assemblées ordinaires et extraordinaires, rien n'oblige à s'y conformer pour la convocation des assemblées constitutives. Il sera certes plus prudent de le faire, mais les tribunaux ne sauraient annuler une convocation qui aurait été faite conformément aux usages.

Nous verrons plus loin que pour la vérification des apports, deux assemblées constitutives sont nécessaires. La convocation de ces deux assemblées peut-elle avoir lieu au moyen d'un avis unique? On l'avait soutenu avant la loi de 1867. L'art. 4 de cette loi dispose aujourd'hui que la seconde assemblée aura lieu sur « une nouvelle convocation », afin de donner le temps nécessaire pour la rédaction et l'impression du rapport qui doit être tenu, pendant cinq jours au moins, avant la réunion de la seconde assemblée, à la disposition des actionnaires.

Il a été jugé que les irrégularités commises dans la convocation des assemblées, ne sauraient constituer que des nullités relatives, susceptibles, par suite,

(1) Paris, 2 Décembre 1886.

d'être couvertes par une ratification postérieure, expresse ou tacite (1).

Droit Comparé. — Nous avons vu que la loi de 1867 refuse aux actionnaires, quel que soit leur nombre, le droit de convoquer l'assemblée générale ou d'exiger cette convocation. C'est là une lacune regrettable, et la plupart des lois étrangères en ont décidé autrement. D'après le Code *Allemand* (art. 237), des actionnaires, représentant la vingtième partie du capital social au moins, ont le droit de demander aux administrateurs de convoquer l'assemblée générale en indiquant les motifs de la convocation, ou de porter certaines questions à l'ordre du jour. Si les administrateurs résistent, la juridiction commerciale pourra autoriser les actionnaires en question à faire la convocation, ou à insérer dans l'ordre du jour les questions demandées.

Le Code *Italien* (art. 159) et le Code *Roumain* (art. 161) admettent que les administrateurs doivent convoquer l'assemblée dans le mois, si des actionnaires, représentant au moins le cinquième du capital social, en font la demande avec indication des motifs. La fixation d'un délai empêchera qu'on ne fasse traîner la chose en longueur.

8° (a) Bureau. — (b) Ordre du Jour. — (c) Procès-verbaux

a). La loi s'en remet aux statuts pour règler la composition du bureau qui présidera les assemblées générales. En fait, le bureau se compose presque toujours du président du conseil d'administration assisté de deux actionnaires. Le bureau ainsi formé choisit un secrétaire et des scrutateurs.

b). Les avis de convocation doivent faire connaître les questions qui seront mises à l'ordre du jour. Celles-ci seules feront l'objet d'une délibération valable. Le

(1) Bordeaux, 25 Janvier 1888.

législateur n'a pas jugé nécessaire d'édicter cette règle, tant elle tient à la nature des choses. Décider autrement serait autoriser des surprises et des fraudes sans nombre. Tel actionnaire qui s'abstient de paraître à l'assemblée générale, parce que la convocation lui a paru sans intérêt, se serait empressé d'y venir si le véritable objet de la réunion lui avait été connu. Mais il n'est pas nécessaire, toutefois, que l'objet de la réunion soit expressément désigné : il suffit qu'il ressorte implicitement des expressions employées, de telle sorte que, raisonnablement, l'actionnaire n'ait pu se méprendre sur le vote qu'il était appelé à émettre (1). Il a été jugé, d'après ces principes, que l'assemblée pouvait délibérer valablement sur la question de savoir si un *quitus* serait donné ou non à raison de faits de gestion, si l'ordre du jour porte : « Vote sur l'approbation des comptes » parceque, dit la cour de Paris, « la question de savoir si un quitus sera ou non donné est implicitement contenue dans celle de l'approbation des comptes ». (2) Il a été même jugé que l'assemblée générale pourrait valablement révoquer les administrateurs, alors que cette mesure n'était prévue ni dans les avis de convocation, ni dans l'ordre du jour, mais qu'elle était la suite naturelle d'un incident, né pendant l'assemblée générale (3). Les actionnaires, à la suite de cette révocation, auront le droit de composer, comme ils l'entendent, le bureau qui devra diriger les délibérations (3).

c). Ne doit-il pas être dressé un procès-verbal des délibérations des assemblées générales ? Ce procès-verbal ne doit-il pas être signé, et par qui ? La loi de 1867 ne répond à aucune de ces questions. Il faut donc, pour les résoudre, s'en rapporter aux statuts et à leur défaut, à l'usage. En France, il est d'usage de

(1) Paris, 30 Juin 1883. Dalloz, 1885-2-18. Cassation ; Dalloz, 90-1-306.
(2) Dalloz, 1885-2-18.
(3) Cassation 5 Juillet 1893, Sirey 1893-1-377.

dresser un procès-verbal qui est signé par les membres du bureau.

Quelle serait la valeur des procès-verbaux non signés? Relativement aux assemblées constitutives, ces procès-verbaux seraient nuls, et devraient entraîner la nullité de la société elle-même. En effet, toute société anonyme ne peut se constituer que par écrit (Cod. Civ. art. 1834. — Cod. Comm. art. 39 et 41; art. 21, Loi de 1867), et les trois éléments distincts dont elle se compose, les statuts, la déclaration notariée constatant la souscription du capital et le versement du quart, enfin les délibérations de l'assemblée générale, portant reconnaissance de la sincérité de cette déclaration, vérification et approbation des apports, etc., doivent être constatés par écrit. Cependant la cour de cassation a décidé que ces procès-verbaux non signés et par suite nuls, pourraient être valablement remplacés par d'autres actes écrits contenant tous les éléments de preuve des faits qui y sont relatés (1). Pour les assemblées tenues au cours de la société, il semble que les procès-verbaux n'étant alors que de simples instruments de preuve, il pourrait être suppléé à cette preuve écrite faisant défaut, d'après les moyens, et dans les cas prévus par la loi générale. Toutefois la jurisprudence est ici quelque peu flottante. Alors que la cour de cassation décidait en 1878 que « la délibération d'une assemblée « d'actionnaires.... n'est pas nulle par cela seul que « le procés verbal de la délibération n'aurait pas été « signé par tous les membres du bureau.... » (2), elle a décidé en 1888 que : « la délibération.... peut être « considérée comme nulle en la forme par le juge « du fait, qui constate, d'une part, que le procès « verbal de la séance contient des mots rayés comme « nuls et des additions qui ne sont pas approu-

(1) Cassation. Civ. 20 Décembre 1882 — Dalloz 1883-1-301.
(2) id 28 Janv. 1875 — Dalloz 1878-1-230.

« vées... » (1). La cour de Lyon a même été plus loin et elle a déclaré que : « une délibération.... doit être « considérée non pas seulement comme nulle, mais « comme inexistante, si elle n'est revêtue d'aucune « signature, et ce vice radical ne saurait être effacé « ni par les déclarations postérieures de ceux qui « auraient dû signer, ni par des présomptions gra- « ves, précises et concordantes, appuyées d'un com- « mencement de preuve par écrit (2).

(1) Cassation 28 février 1888 — Dalloz 1888-1-427
(2) Lyon 26 novembre 1863 — Dalloz 1864-2-233.

TITRE II

DES ASSEMBLÉES CONSTITUTIVES

Sommaire :

But et utilité des assemblées constitutives.

Chapitre I. — *Vérification des déclarations des fondateurs.*

Chapitre II. — *Vérification des apports et des avantages particuliers.*

Chapitre III. — *Nomination des premiers organes de la société.*

Appendice. — *Une question de droit comparé.*

But et utilité des assemblées constitutives. — Les sociétés de personnes existent et commencent leurs opérations à l'époque librement fixée par la convention des parties. Il en est autrement pour les sociétés par actions et spécialement pour les sociétés anonymes. Leur formation, nous pourrions dire leur enfantement, est soumise à des restrictions et à des conditions destinées à sauvegarder les intérêts des souscripteurs, en assurant une viabilité sérieuse à la nouvelle société. C'est pour obéir à ces préoccupations que le législateur impose : 1° La souscription intégrale du capital social ; 2° Le versement du quart sur chacune des actions (1) ; 3° Une déclaration des

(1) La loi récente du 1er août 1893, qui est venue modifier quelques dispositions de la loi de 1867, autorise l'émission d'actions de 52 fr. lorsque le capital social ne dépasse pas 200.000 fr. et l'émission d'actions de 100 fr. lorsque le capital social est supérieur à 200,000 fr. Il importe de distinguer désormais si une société usant de la faculté que lui accorde la loi nouvelle a émis des actions de 25 fr. ou des actions de 100 fr. et au-dessus. Le parag. 2 de cette loi déclare, en effet, que « elles (les sociétés) ne peuvent être définitivement constituées qu'après la souscription de la totalité du capital, et

fondateurs faite devant notaire, et certifiant que les deux premières conditions ont été remplies.

Les notaires seront-ils les juges de la sincérité de cette déclaration ? Non certes. Mais alors apparaissent les assemblées d'actionnaires, assemblées constitutives puisqu'il s'agit de la constitution même de la société, délibérant dans les formes que nous avons indiquées au Titre I. Véritable pouvoir constituant, ayant à la fois un pouvoir de contrôle et une mission d'organisation, ces assemblées constitutives doivent :

1° Vérifier la sincérité des déclarations faites par les fondateurs devant notaires.

2° Vérifier et approuver les apports en nature et les avantages particuliers stipulés dans l'acte de société.

3° Pourvoir à l'existence de la société, en désignant les premiers administrateurs et les commissaires de surveillance.

CHAPITRE I

VÉRIFICATION DES DÉCLARATIONS DES FONDATEURS

Nous venons de voir que les fondateurs de la société doivent certifier, devant notaire, la souscription intégrale du capital social et le versement du quart sur chaque action. Pour appuyer leur dire, ils devront produire : 1° La liste complète des souscripteurs avec leurs prénoms et demeure ; 2° L'état des versements opérés ; 3° L'un des doubles de l'acte de société, s'il a été dressé sous signatures privées, ou

le versement en espèces, par chaque actionnaire, du montant des actions ou coupures d'actions souscrites par lui, lorsqu'elles n'excèdent pas 25 fr. et du quart au moins des actions lorsqu'elles sont de 100 fr. et au-dessus. » Il résulte de cette disposition que le *versement du quart* sur chaque action souscrite est imposé aux sociétés dont le capital social est divisé en actions de 100 fr. et au-dessus, mais que le *versement intégral* de toutes les actions souscrites est nécessaire pour la constitution des sociétés dont le capital est divisé en actions de 25 francs. Dans ce dernier cas, l'assemblée constitutive des actionnaires devra donc s'assurer non seulement si toutes les actions émises ont été souscrites, mais encore si les 25 fr., valeur nominale de ces actions, ont été versés pour chaque titre.

une expédition s'il est notarié (art. 1er, alin. 3, 4, 5, loi 1867).

On a voulu par là rendre plus probable la véracité des fondateurs. On a espéré, d'une part, que ceux-ci n'oseraient pas mentir devant un notaire, et, d'autre part, que cet officier public pourrait signaler aux fondateurs les erreurs involontaires qu'ils ont pu commettre. Mais, comme nous l'avons déjà dit, ce n'est pas le notaire, mais bien la première assemblée constitutive qui devra vérifier, avec les pièces à l'appui, la sincérité de ces déclarations (art. 24, al. 2. l. 1867).

A vrai dire la vérification à faire par l'assemblée des actionnaires ne constitue pas une garantie suffisamment efficace de l'observation des conditions de souscription totale et de versement du quart. En fait, et malheureusement souvent, les fraudes et les fausses déclarations passeront inaperçues. L'approbation sera alors une pure question de forme, l'assemblée n'ayant pas d'ailleurs de moyen sérieux pour vérifier la réalité des souscriptions et des versements. Elle pourrait, il est vrai, désigner un ou plusieurs commissaires chargés de lui présenter un rapport, mais cette mesure d'instruction sera infiniment rare, la confiance des souscripteurs étant généralement, à l'origine des sociétés, extrêmement aveugle. Notre législation, d'ailleurs, contrairement à plusieurs lois étrangères récentes, n'a pas admis, en ces matières, l'intervention directe ou indirecte de l'autorité judiciaire ou de l'autorité administrative.

Le projet de loi sur les sociétés par actions, adopté par le Sénat en 1884, actuellement pendant devant la Chambre des députés, apporte à ce dangereux état de choses, quelques heureuses modifications. C'est ainsi que l'art. 3, alin. 3, dispose que: « les souscriptions et les versements « sont constatés par une déclaration des fondateurs

« dans un acte notarié ; *la déclaration indique le lieu où le montant des versements a été déposé.* » Il y aurait là pour les actionnaires, ou pour les commissaires qu'ils ont nommés, le moyen de s'assurer de la réalité des versements obligatoires. C'est ainsi encore que l'art. 9. alin. 3, déclare que « si la « demande en est faite par le quart des actionnaires « présents, la sincérité de la déclaration des fonda- « teurs est soumise à l'appréciation d'un ou de trois « experts nommés par le président du Tribunal de « Commerce du lieu où le montant des versements a « été déposé. Le rapport de ces experts est imprimé « et distribué à chaque actionnaire, dix jours au « moins avant la réunion de l'assemblée qui doit « statuer. » Les actionnaires oseront-ils recourir à ces mesures quelque peu défiantes, alors que la société se trouve, suivant une expression suggestive, dans « sa lune de miel » ? Nous ne l'espérons guère.

La loi de 1867 contenait une sanction rigoureuse de ses dispositions. Son art. 42 dispose que les fraudes commises lors de la constitution de la société et qui provoquent la nullité de celle-ci, entraîneront la responsabilité solidaire des fondateurs et des premiers administrateurs en fonction, que ceux-ci aient été nommés par les statuts ou par l'assemblée des actionnaires (1).

La jurisprudence avait interprété d'une façon étrangement sévère la pensée que le législateur de 1867 avait formulée dant l'art. 42. Elle disposait, il est vrai, qu'à l'égard des actionnaires, les fondateurs et administrateurs de la société annulée n'étaient responsables que du dommage causé par l'annulation de la société. Il en résultait que les fondateurs et administrateurs poursuivis, n'étaient pas responsables, si malgré la nullité, la société avait prospéré ou

(1) Dalloz, 1873-1-331 et 1877-1-49

si le dommage subi par les actionnaires, n'avait pas sa cause, dans cette nullité (1). Mais en revanche il était de jurisprudence constante (2), qu'à l'égard des créanciers sociaux les fondateurs et administrateurs étaient tenus personnellement et solidairement de toutes les dettes sociales, sans qu'il y eut à se préoccuper du point de savoir si la nullité avait causé aux créanciers sociaux un préjudice et quelle en était l'importance.

La loi du 1er août 1893 a réalisé sur ce point spécial des réformes heureuses que la pratique appelait de ses vœux. Elle pose en ces termes la théorie de la responsabité des administrateurs, fondateurs et commissaires de surveillance :

« L'action en nullité de la société ou des actes et « délibérations postérieures à sa constitution n'est « plus recevable lorsque, avant l'introduction de la « demande, la cause de nullité a cessé d'exister. L'ac- « tion en responsabilité, pour les faits dont la nullité « résultait ; cesse également d'être recevable lorsque, « avant l'introduction de la demande, la cause de la « nullité a cessé d'exister, et en outre que trois ans se « sont écoulés depuis le jour ou la nullité était encourue.

« Si pour couvrir la nullité, une assemblée générale « devait être convoquée, l'action en nullité ne sera plus « recevable à partir de la date de la convocation régu- « lière de cette assemblée. Les actions en nullité contre « les actes constitutifs des sociétés sont prescrites par « dix ans. Cette prescription ne pourra toutefois être « opposée avant l'expiration des dix années qui sui- « vront la promulgation de la présente loi (art. 3). »

Dans le paragraphe premier de l'article 42, aux mots : « responsables solidairement envers les tiers sans préjudice du droit des actionnaires », sont subs-

(1) Cassation, 23 Déc. 1889. Rev. des soc. 1890, p. 75.
(2) Cassation 13 Mars 1876. Sirey, 1876-1-361 et 1881-1-207.

titués les termes suivants : « *Responsables solidairement envers les tiers et les actionnaires du dommage résultant de cette annulation* » (art. 5).

La loi nouvelle ajoute que ses dispositions sont applicables aux sociétés constituées avant sa promulgation. L'action en nullité cessera donc d'être possible avec la disparition des causes de nullité ; la responsabilité encourue sera limitée au dommage résultant de l'annulation. Toutefois, afin de respecter, dans une certaine mesure, les droits acquis, la loi ajoute que « en tous cas l'action en responsabilité pour les faits « dont la nullité résultait ne cessera d'être recevable « que trois ans après la présente loi. »

En dehors des responsabilités de l'art. 42, toutes les personnes qui auront contribué ou participé à la constitution frauduleuse de la société, seront responsables soit comme complices des fondateurs et administrateurs, soit dans les termes du droit commun (art. 1382).

D'autre part, l'art. 15 de la loi de 1867 dispose que les peines de l'escroquerie, édictées par l'art. 405, Cod. Pén., seront applicables « à ceux qui, par simulation « de souscriptions ou de versements, ou par publi- « cation faite de mauvaise foi de souscriptions ou de « versements qui n'existent pas, ou de tous autres « faits faux, ont obtenu ou tenté d'obtenir des sous- « criptions ou des versements ».

Droit Comparé. — On retrouve dans les lois étrangères la même mission de vérification confiée à l'assemblée des actionnaires, avant la constitution de la société. Mais diverses précautions sont prises contre les fausses déclarations des fondateurs. C'est ainsi que la loi *Belge* (L. 1873, art. 32) exige la présence d'un notaire au sein de l'assemblée constitutive ; on espère que cet officier public pourra éclairer et guider le vote des actionnaires.

Les Codes *Italien* (art. 135) et *Roumain* (art. 136)

ont cherché à éviter les décisions précipitées. Tout actionnaire peut déclarer qu'il n'est pas suffisamment éclairé, et demander la remise de l'assemblée à trois jours. Si cette proposition est appuyée par un nombre d'actionnaires constituant au moins le quart du capital représenté à l'assemblée, le renvoi a lieu de plein droit. Si un délai plus long, mais ne dépassant pas un mois, est demandé, la majorité décide s'il y a lieu de l'accorder. Tout délai de plus d'un mois doit être consenti par les trois quarts des souscripteurs présents. Ce sont là, certes, des mesures très sages et dont l'efficacité peut être incontestable, si on en use avec sagacité, mais nous nous heurtons encore à cette éternelle réflexion, qu'à l'origine des sociétés tout est confiance et aveuglement de la part des actionnaires. Plus efficace est cette autre prescription de la loi *Italienne* qui exige que le tribunal civil examine si les conditions voulues pour la constitution de la société ont été observées. Nous verrons plus loin quelle est la valeur et la portée d'une telle obligation.

Le Code *Allemand* modifié en 1884 contient des prescriptions minutieuses pour assurer la parfaite constitution de la société. Les premiers administrateurs et commissaires ont, en principe, à rédiger un rapport sur les opérations de la fondation, spécialement sur la souscription du capital social et le versement du quart. Si ces administrateurs et commissaires sont des fondateurs, comme leur impartialité peut être suspectée, ce rapport sera fait par des réviseurs nommés par la chambre de commerce, et, à défaut d'une chambre de commerce, par les administrateurs et les commissaires. D'autre part, les fondateurs, les administrateurs et commissaires adressent au tribunal une demande signée par eux demandant que l'acte de société soit enregistré au greffe, ce qui est une con-

dition essentielle pour la constitution de la société. A cette demande sont jointes les pièces justificatives et une déclaration constatant la souscription du capital social et le versement du quart sur chaque action. Un juge du tribunal convoque alors et préside l'assemblée des souscripteurs. Les administrateurs et commissaires ou les réviseurs font connaître leur rapport qu'ils accompagnent d'observations orales. L'assemblée vote sur ce rapport et décide si la société doit être constituée. Elle peut, à la majorité, ajourner la discussion. Nous apprécierons également plus loin les avantages et les inconvénients de cette législation qui a trouvé en France d'éminents apologistes.

CHAPITRE II

VÉRIFICATIONS DES APPORTS ET DES AVANTAGES PARTICULIERS

A. — Il est sans doute possible que tous les associés apportent des mises en argent et que leurs parts de bénéfices soient proportionnelles au nombre d'actions souscrites par chacun d'eux. Mais le plus souvent, il y a des associés qui font des *apports en nature* et d'autres qui demandent l'attribution *d'avantages particuliers*. Les abus et les fraudes qui se présentent ici, plus faciles et plus fréquents qu'ailleurs, ont amené le législateur de 1867 à édicter des règles spéciales pour la constitution de la société. Les actionnaires, réunis en assemblée générale constitutive, doivent, dans les formes que nous détermineront plus loin, apprécier la valeur des apports ou la cause des avantages stipulés.

B. *Apports et avantages.* — *Les apports en nature* sont, suivant l'expression de l'art. 4 de la loi de 1867, « *tous ceux qui ne consistent pas en numéraire.* » Seront considérés comme tels : l'apport d'un immeuble, d'une mine, d'une usine, d'un brevet d'invention, etc. Il faut se garder de confondre la vente avec

l'apport en nature. Ainsi un immeuble entre dans l'actif d'une société aux termes des statuts eux-mêmes, mais à titre de vente ferme, il n'y aura pas lieu à la vérification de la valeur de cet immeuble, parce qu'on ne se trouve pas, comme l'exige l'art. 4, en présence d'un apport. Les apporteurs en nature qui sont le plus souvent des fondateurs, sont naturellement portés à exagérer la valeur de leurs apports, afin de se faire attribuer un nombre excessif d'actions. Le rapporteur de la loi sur les sociétés de 1838 signalait en termes énergiques l'audace et la cupidité de spéculateurs, qui, dans l'évaluation des apports, avaient dépassé toutes les limites. L'un, disait-il, prétend posséder un procédé industriel et avoir conçu l'idée d'une exploitation destinée à procurer les plus immenses bénéfices, il donne à l'exploitation de cette idée une dénomination bizarre qui attirera l'attention, par son étrangeté même; un autre se procure un immeuble auquel il attribue une valeur extravagante, soit quant à sa superficie, soit quant à la richesse des mines et carrières qu'il recèle dans son sein. Toutes ces exagérations sont préjudiciables non-seulement aux souscripteurs primitifs et à leurs cessionnaires, mais aussi aux créanciers de la société, puisque le fonds social, leur gage, a une valeur réelle inférieure à sa valeur apparente.

Les *avantages particuliers* consistent dans certains bénéfices accordés à un associé. Ils ont généralement pour but de rénumérer des services rendus ou à rendre à la société. C'est ainsi qu'il arrive souvent que pour reconnaître le temps et les soins consacrés par les fondateurs à la préparation et à l'étude de l'entreprise projetée, on distribue à ces derniers des actions connues sous le nom de *parts de fondateurs* qui leur confèrent le droit de toucher un tant pour cent dans les bénéfices sociaux, en dehors de tout apport en

argent ou en nature. Mais, presque toujours, il est stipulé que ce tant pour cent ne sera touché qu'après le prélèvement d'une somme suffisante pour assurer aux actionnaires un certain intérêt. Les fondateurs ainsi avantagés n'ont aucun droit sur l'actif social et des clauses, devenues de style, leur interdisent de prendre part aux assemblées et de vérifier les comptes. Les porteurs de parts de fondateurs n'ont d'autres droits que ceux qui leur sont expressément attribués par les statuts. Ils ne sauraient, par suite, s'immiscer dans les décisions du conseil d'administration, ils ne sauraient non plus réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice que leur cause la dissolution anticipée de la société ou sa fusion avec une autre société opérées conformément aux statuts, si cette dissolution ou cette fusion ont été arrêtées par l'assemblée générale pour de justes et légitimes motifs et n'a pas été prise en fraude de leurs droits. Les tribunaux devront apprécier les circonstances dans lesquelles la dissolution anticipée ou le traité de fusion ont été décidés, pour reconnaître la légitimité de cette dissolution et de cette fusion ou l'abus qu'elle peut constituer à l'encontre des porteurs de parts. On comprend aisément combien une pareille appréciation présente de dangers en raison des intérêts contraires qui se trouvent en présence et de l'importance que peuvent prendre dans certaines sociétés les parts de fondateurs (1). Deux droits se trouvent en conflit : ceux des porteurs de parts de fondateurs et ceux des actionnaires. Ceux-ci ont intérêt à écarter les porteurs de parts de fondateurs qui viennent en concours avec eux dans le partage des bénéfices, afin d'augmenter d'autant leur dividende. Mais, il serait injuste que les porteurs de parts de fondateurs fussent à la discrétion des actionnaires, qui, en changeant le titre de la

(1) La part de fondateur de Suez vaut actuellement plus de 1,100,000 fr.

société, en constituant une société nouvelle qui ne serait, en réalité, que la société ancienne, parviendraient ainsi à se débarraser de leurs cobénéficiaires. Il ne peut pas être loisible aux actionnaires d'user à volonté de la faculté de dissolution anticipée de la société ou de fusion que leur confèrent les statuts et de s'attribuer ainsi des bénéfices réservés à d'autres par l'acte constitutif de la société. Le droit du porteur de parts bien qu'aléatoire puisqu'il est lié au sort de la société et à l'existence de bénéfices incertains, ne saurait disparaître, a dit tout récemment la Cour de cassation, que dans des conditions légitimes et suffisamment justifiées qu'il appartient aux tribunaux d'apprécier (1).

Il est délivré aux bénéficiaires de parts de fondateurs des titres nominatifs ou au porteur, comme aux actionnaires ordinaires. Les parts de fondateurs sont certainement licites et le projet de loi adopté par le Sénat en 1884 en admet la légalité (art. 8). Mais il importe d'en déterminer le caractère juridique. On a prétendu que les parts de fondateurs étaient de simples créances contre la société ; nous croyons, au contraire, qu'elles constituent de véritables actions, puisqu'elles confèrent à leurs titulaires les seuls droits sans lesquels l'action ne se conçoit pas : droit de toucher les dividendes, droit de se substituer des tiers par voie de cession. Il en résulte que les parts de fondateurs ne sont négociables qu'après la constitution de la société (art. 2. L. 1867) et que les avantages résultant de l'attribution des parts de fondateurs sont des avantages particuliers, au sens de l'art. 4 de la loi de 1867, soumis, par conséquent, à la vérification et à l'approbation des assemblées constitutives.

Il faudrait également voir un avantage particulier dans la rénumération accordée au travail du gérant

(1) Cassation, 4 Juillet 1893. — Sirey 1893. 1. 373.

dans une société en commandite, sous forme de traitement fixe ou de prélèvement sur les bénéfices (1), mais, il en serait autrement des jetons de présence accordés par les statuts aux administrateurs de la société. Ce n'est point là un avantage particulier à telle personne, mais bien plutôt une indemnité attachée à une fonction essentiellement amovible, et à laquelle, par suite, tous les associés peuvent prétendre, à tour de rôle.

Il peut y avoir doute sur le point de savoir si l'on se trouve en présence d'un avantage particulier soumis à vérification. Quelle est alors l'autorité compétente pour résoudre la question ? Ce n'est pas l'assemblée générale des actionnaires. Celle-ci ne peut avoir d'autres attributions que celles qui lui sont expressement conférées ; or la loi lui donne uniquement la mission d'approuver la valeur des avantages particuliers stipulés par l'un des associés. Cela suppose ou qu'il n'y a pas de contestation sur l'existence de ces avantages, ou que la question a été préalablement tranchée par qui de droit. La seule autorité compétente est donc l'autorité judiciaire, à qui il appartient de statuer, à moins de dispositions contraires, sur toutes les difficultés soulevées entre particuliers (2).

Du reste, peu importe que ces avantages soient stipulés en faveur d'un fondateur, d'un administrateur, ou d'un simple associé, la vérification et l'approbation s'imposent dans tous les cas. Il a été ainsi jugé que la part de bénéfices, allouée par les statuts, au directeur fondateur d'une société anonyme devait, à peine de nullité, être approuvée par l'assemblée générale (3). Il en est de même si les avantages sont attribués à tout un groupe d'actionnaires. Cette der-

(1) Bordeaux, 20 Nov. 1865 ; Dalloz. 1867-2-7.
(2) Cassation, 18 Déc. 1867 ; Dalloz. 1867-1-474.
(3) Agen, 7 Juin 1879 ; Dalloz. 1879-2-247.

nière hypothèse se rencontrera, par exemple, si lors de l'augmentation du capital social, il a été décidé que les souscripteurs paieraient une prime, non à la société, mais aux anciens actionnaires (1).

La loi française laisse toute liberté aux associés pour la détermination des avantages particuliers qu'ils voudront concéder. Il n'est fait exception à cette liberté absolue que pour les compagnies de chemin de fer. Aux termes de la loi du 15 juillet 1845 (art. 11) « les fondateurs de la compagnie « n'auront droit qu'au remboursement de leurs avan- « ces, dont le compte, appuyé de pièces justificatives, « aura été accepté par l'assemblée générale des « actionnaires. » Il suit de là, disent la plupart des auteurs, que les compagnies de chemins de fer ne sauraient accorder des avantages particuliers (2). Il est vrai que cet article 11 est contenu dans une loi relative à la concession du chemin de fer de Paris à la Belgique, mais on fait observer, avec raison, qu'il est rangé parmi les dispositions générales de cette loi qui s'appliquent à toutes les compagnies de chemins de fer (3).

Droit comparé. — Plusieurs législations étrangères se montrent très prohibitives pour la concession d'avantages particuliers. Ainsi, le code *Allemand*, modifié en 1884 (art. 215), ne permet pas aux statuts d'attribuer, par avance, à des actionnaires, un droit de préférence pour les actions nouvelles qui pourront être émises. Cet avantage particulier peut, en effet, pousser à augmenter intempestivement le capital, ou, au contraire, en empêcher l'augmentation, quand elle serait utile. Le code *Italien* (art. 127) et le code *Roumain* (art. 128) sont très restrictifs ; ils n'admet-

(1) Vavasseur, t. I. n° 418 — Pont n° 768.
(2) Lyon-Caen et Renault. Cassation 11 fév. 1884 ; Dalloz. 1885-1-99.
(3) Des auteurs ont soutenu que l'art. 11 est abrogé par la loi de 1867. (Dumay-Mimerel).

tent comme avantages particuliers que le prélèvement d'une partie des bénéfices ne pouvant dépasser un dixième des bénéfices nets, et, pour une durée maxima de cinq années, ne dépassant pas en tout cas le tiers de la durée de la société.

c) *Formalités de vérification et d'approbation.* — Nous avons vu (titre I) la composition et le mode de votation des assemblées constitutives chargées de vérifier et d'approuver les apports en nature et les avantages particuliers. Ce qu'il importe de remarquer maintenant, c'est que deux délibérations, et, par suite, deux assemblées doivent avoir lieu. L'art. 4 est sur ce point spécial très explicite « ... *la première* « *assemblée générale* fait apprécier la valeur de l'ap- « port ou la cause des avantages stipulés.

« La société n'est définitivement constituée qu'a- « près l'approbation de l'apport ou des avantages « donnée par une *autre assemblée générale*, après « une *nouvelle* convocation. »

Le législateur a voulu mettre les souscripteurs à l'abri d'entraînements faciles et dangereux. Leur vote approbatif aurait pu être trop aisément enlevé lors d'une première réunion, alors qu'ils sont encore sous le charme des prospectus et des annonces, alors que, peut-être, il leur serait pénible de résister aux séductions d'une parole habile et trompeuse. Les souscripteurs devront donc se borner, dans cette première assemblée, à entendre les explications des fondateurs, à se consulter, à échanger leurs impressions, et, s'ils le jugent convenable, à nommer, parmi eux, une commission chargée de s'entourer de tous les documents nécessaires pour rédiger un rapport et donner son avis à la seconde assemblée. Un amendement, soumis au corps législatif, proposait de rendre obligatoire la nomination par la première assemblée d'une commission de contrôle, composée

de trois personnes prises soit dans son sein, soit en dehors. Cette prétention un peu rigoureuse a été écartée ; l'assemblée organisera ses moyens de contrôle comme elle l'entendra. La loi n'édicte qu'une seule obligation, c'est que la seconde assemblée ne puisse statuer qu'après un rapport imprimé et tenu à la disposition des actionnaires, cinq jours au moins avant la réunion de cette assemblée (art. 4 alin. 3).

Il arrivera quelquefois qu'une seule délibération sera suffisante pour éclairer les actionnaires, dont la plupart, peut-être, se seront renseignés avant la réunion. *L'assemblée générale pourrait-elle, dans ce cas, se dispenser d'une seconde réunion, et voter, séance tenante, l'approbation du chiffre des apports et des avantages particuliers ?* M. Bédarride a soutenu l'affirmative. Nous préférons, sans hésiter, répondre négativement à la question ; d'abord parce que la loi suppose formellement la réunion de deux assemblées, et puis, surtout, parce que cette solution est conforme au but visé par le législateur de 1867. Celui-ci, en effet, a cherché à protéger les actionnaires, malgré eux, contre leurs propres entraînements, à leur assurer le temps de la réflexion et l'occasion d'un débat contradictoire.

Une seconde convocation de l'assemblée générale aura donc lieu pour approuver ou rejeter l'évaluation des apports et la concession des avantages particuliers (1). *Les pouvoirs de cette assemblée sont absolus*, de telle sorte que la question de l'approbation des avantages particuliers et l'évaluation des apports en nature ne pourrait être soumise aux tribunaux par des

(1) Il est à remarquer que les conditions concernant la portion du capital qui doit être représentée aux assemblées constitutives ne s'imposent qu'à la seconde et non à la première des assemblées. Celle-ci n'a, en effet, aucune décision à prendre, elle se borne, par des mesures d'instruction dont elle a le choix, à préparer et à éclairer les décisions de la seconde assemblée.

actionnaires mécontents des décisions prises par la majorité.

En cas d'approbation, les clauses des statuts relatives aux apports et avantages sont définitives. Nous verrons plus loin les réserves qu'il faut apporter à cette règle dans les cas de fraude, de dol, ou d'erreur sur la substance.

Si l'assemblée refuse son approbation, la constitution de la société est impossible, parce qu'une des conditions essentielles imposées par la loi (art. 4, alin. 6) se trouve ainsi faire défaut. Nous avons vu qu'il en serait de même au cas où la moitié du capital social, n'étant pas représentée à l'assemblée, une nouvelle convocation ne réunirait pas le cinquième de ce capital (art. 30, 3e alin.) (v. Titre I).

Qu'arriverait-il au cas où les fondateurs et apporteurs, dans la crainte d'un vote défavorable de l'assemblée, réduiraient, avant ce vote, le montant des avantages particuliers ou l'évaluation des apports primitivement proposés dans les statuts ?

L'assemblée, et par suite la majorité, pourrait-elle statuer sur ces propositions ainsi réduites et la minorité et les actionnaires absents seront-ils liés par ce nouveau contrat ? Pourront-ils, au contraire, le répudier, en prétextant qu'en cas de refus d'approbation des offres primitives, la société ne peut se constituer que du consentement unanime, non pas seulement de l'assemblée, mais de tous les actionnaires sans exception ? M. Vavasseur (1) déclare que les nouvelles offres ne pourront être valablement acceptées que par l'unanimité des actionnaires. « La mino-« rité, dit-il, invoquera le texte de la loi : A défaut « d'approbation, la société reste sans effet à l'égard de « toutes les parties, ce qui semble bien n'admettre « aucun moyen terme entre l'approbation et le rejet »

(1) Vavasseur. Traité des Soc. Civ. et Comm. T. II, n. 407.

et il ajoute : « En effet si la majorité peut obliger la « minorité, ce n'est que dans les actes d'administra- « tion ; si elle peut même sous certains rapports et « dans certaines limites assez étroites, modifier les « statuts sociaux, ce n'est que lorsque la société est « constituée ; mais à l'origine même, et alors qu'il « s'agit de former le contrat, il faut l'assentiment « unanime. La loi, sans doute, aurait pu conférer à « l'assemblée générale le pouvoir d'accepter une modi- « fication dans le chiffre des apports et des avantages « particuliers, mais elle aurait dû s'expliquer for- « mellement, et elle ne l'a point fait ».

Sans nier la valeur de ce raisonnement, et tout en reconnaissant que les principes conduiraient à adopter cette solution, nous préférons dire que les réductions proposées pourront être valablement acceptées par la simple majorité de l'assemblée. Cette manière de voir semble bien résulter de la discussion qui a eu lieu en 1867 devant le corps législatif (1). Sur l'art. 4, en effet, M. Javal avait proposé un amendement ainsi conçu : « A défaut d'approbation, la société reste sans « effet à l'égard de toutes les parties, à moins qu'elles « ne se mettent d'accord sur une évaluation différente ». La commission fit repousser l'amendement comme inutile, les parties ayant toujours et nécessairement le pouvoir de transiger. On discuta alors sur le point de savoir s'il pouvait dépendre d'une majorité représentant seulement le quart en nombre et en capital, de modifier la valeur des apports. Certains membres ayant soutenu la négative, le rapporteur répondit que l'art. 4 était explicite et qu'il allait de soi que l'*unanimité n'était pas nécessaire*. Cette solution peut d'ailleurs s'expliquer par des raisons pratiques. En effet, disent MM. Lyon-Caen et Renault, « si l'assemblée « générale n'avait l'option qu'entre l'approbation et

(1) Moniteur du 1er Juin 1867.

« le rejet des évaluations statutaires, il pourrait arri-
« ver qu'au grand préjudice des actionnaires, la
« majorité prit le premier parti pour ne pas faire
« échouer un projet de société qui a déjà occasionné
« des frais souvent considérables et qui a des chances
« sérieuses de réussite. En exigeant l'unanimité, on
« permettrait à l'entêtement ou à la malveillance d'un
« seul actionnaire de faire manquer un arrangement
« sérieux et utile ».

Ou pourrait, du reste, éviter toute discussion à ce sujet en déclarant dans les statuts que la majorité aura le droit d'accepter toutes les réductions qui lui seront proposées sur les évaluations primitives. Il est vrai qu'une pareille clause sera infiniment rare, elle laisserait croire aux souscripteurs qu'il y a eu dès l'origine une majoration des apports et une exagération des avantages proposés (1).

D) *Le vote dans les assemblées constitutives sur l'approbation des apports et l'évaluation des avantages particuliers.* — Nous avons vu dans notre titre I que l'art. 30 de la loi de 1867 disposait que dans les sociétés anonymes, « les assemblées qui ont à déli-
« bérer sur la vérification des apports..... doivent
« être composées d'un nombre d'actionnaires représentant *la moitié au moins du capital social* ». Nous avons vu également que si dans une première réunion ce chiffre de la moitié du capital social en numéraire n'était pas atteint, il suffisait de réunir, par une nouvelle convocation, le cinquième de ce même capital social. A cette condition seule l'assemblée constitutive sera légalement composée et pourra délibérer valablement. Mais nous nous sommes alors posés la question de savoir *comment doit être calculée la majorité dans une telle assemblée.*

(1) Le projet de loi adopté par le Sénat en 1884 (art. 11, alin. 3) admet que l'assemblée des actionnaires peut accepter toute réduction consentie sur l'évaluation des apports ou sur les avantages stipulés.

Faut-il appliquer purement et simplement la règle générale posée par l'art. 28, pg. 1, de la loi de 1867, pour les assemblées générales des sociétés anonymes, d'après lequel les délibérations sont prises à la majorité des voix ? Faut-il, au contraire, appliquer la règle édictée pour les délibérations de l'assemblée générale des sociétés en commandite par actions, par l'art. 4, pg. 4 de la loi de 1867, lequel dispose : « Les délibéra-« tions pour l'approbation des apports, seront prises « à la majorité des actionnaires présents. *Cette majo-« rité doit comprendre le quart des actionnaires et « représenter le quart du capital social en numéraire* ».

Le premier système est en faveur auprès des auteurs les plus considérables (1). L'art. 24 de la loi de 1867, disent-ils, déclare, il est vrai, applicables aux sociétés anonymes les dispositions des articles 1, 2, 3 et 4 de cette loi ; il paraît bien en résulter que l'art. 4, pg. 4, doit recevoir application en matière de vérification d'apports dans une société anonyme. Mais la règle posée par l'art. 24 est une disposition qui doit souffrir exception dans le cas où la loi a spécialement réglé les formes auxquelles doivent se soumettre les sociétés anonymes. Or, l'art. 30 contient bien une dérogation formelle aux règles prescrites par l'art. 4 pour les sociétés en commandite par actions. Il a exigé, en effet, que la moitié au moins du capital social en numéraire fut représenté à l'assemblée de vérification des apports, tandis que pour les sociétés en commandite, il ne s'est préoccupé que de déterminer le mode de calcul de la majorité. Sans doute, les deux dispositions contiennent des règles différentes, mais il ne s'ensuit nullement que l'on doive cumuler leur application : l'art. 30 se suffit à lui-même, sans qu'il soit besoin de faire d'emprunts à l'art. 4, pg. 4. La conséquence en est que, dès que l'assemblée réunit la

(1) Lyon-Caen et Renault-Vavasseur.

moitié au moins du capital social en numéraire, il n'y a plus qu'à calculer la majorité en appliquant la règle générale fixée par l'art. 28, pg. 1 : « Dans *toute* assem- « blée générale, les délibérations sont prises à la « majorité des voix ».

Malgré l'excellence de ces raisons, la jurisprudeuce incline très positivement vers la solution contraire (1). D'après elle, il ne suffit pas de réunir la moitié du capital social, il faut encore arriver à une majorité comprenant le quart des actionnaires et le quart du capital social. Pour se justifier, la jurisprudence invoque surtout la disposition formelle de l'art. 24, d'après lequel l'art. 4 est applicable aux sociétés anonymes. En présence d'une disposition aussi impérative, on ne pourrait, dit-elle, écarter l'application de l'art. 4, en matière de sociétés anonymes, qu'autant que les règles posées pour ces sociétés par la loi de 1867, seraient inconciliables avec les prescriptions de cet art. 4. Or, l'art 30 que l'on présente comme dérogeant à l'art, 4. pg. 4, se borne à régler la composition de l'assemblée générale, sans établir aucune règle pour le calcul de la majorité. C'est donc que pour déterminer les conditions dans lesquelles la majorité doit se former, il faut s'en référer à l'art. 4, comme l'exige du reste l'art. 24.

La solution de la question que nous venons d'examiner, nous conduit à une discussion plus délicate et plus controversée encore. Il ressort des explications que nous venons de fournir que les assemblées constitutives d'une société anonyme ne seront régulièrement constituées que si la moitié au moins du capital social en numéraire y est représentée ; que de plus la délibération approuvant les apports ne sera régulière que si la majorité comprend à la fois le

(1) Dalloz 1882-2-347 et 1888-2-281, Sirey 1892-2-281.

quart des actionnaires et le quart du capital social en numéraire. Il résulte des art. 4 et 30 combinés que pour calculer la moitié du capital social nécessaire ou la majorité exigée, il ne faut prendre en considération que le capital non sujet à vérification, c'est-à-dire le *capital en numéraire*, abstraction faite du capital représenté par les apports soumis à vérification.

Mais, que décider si les actionnaires apporteurs sont en même temps titulaires d'actions en numéraire ? Les actions en numéraire qu'ils ont souscrites devront-elles, comme les apports en nature, être déduites du capital social, en vue de fixer le montant de ce capital exigé par l'art. 30 et l'art. 4 ? Si l'on ne fait pas cette déduction, il pourra arriver que les souscripteurs non apporteurs, ne représentant pas la moitié ou le quart du capital en numéraire, la constitution de la société sera impossible. Tel est pourtant l'avis exprimé par un arrêt de la cour d'Angers du 27 juillet 1887, heureusement isolé jusqu'ici et contredit par deux arrêts de la cour de Paris, l'un du 12 janvier 1887 et l'autre du 17 novembre 1891 (1). Ce dernier arrêt dit excellemment que « les « majorités se calculent d'après les éléments admis au « vote, personnes et actions, abstraction faite des élé- « ments légalement exclus. »

« Qu'il est inadmissible que les apporteurs, même « les souscripteurs en numéraire, soient exclus de la « délibération lorsqu'il s'agit de l'approbation des « apports et qu'on fasse entrer en ligne de compte ces « apporteurs frappés d'incapacité et le capital en numé- « raire par eux souscrit lorsqu'il s'agit de fixer la majo- « rité nécessaire pour la validité de la même délibéra- « tion. »

Les seuls souscripteurs dont il faudra tenir compte seront donc les souscripteurs « du capital en numé-

(1) Sirey, 1892-2-281 et la note.

raire » qui ne sont pas également apporteurs. Seuls, ils ont capacité pour une vérification contradictoire, et quelque minime que soit leur nombre ou leur intérêt, ne fussent-ils que deux, souscripteurs chacun d'une seule action, leur vote suffira, s'il est unanime, pour constituer la société.

Ce n'est pas que cette solution, que nous préconisons, ne présente des dangers. Il pourra, peut-être, arriver qu'on attribue aux apports une valeur exagérée, qu'on les fasse approuver par des actionnaires représentant une partie infime du capital social, et qu'on lance alors dans la circulation et au préjudice des tiers, des actions ne représentant par une valeur sérieuse, La cour d'Angers s'est trouvée en présence d'une situation de ce genre. Il s'agissait d'un capital-actions de 175.000 francs, composé de 350 actions, et les trois actionnaires qui pouvaient seuls prendre part au vote ne possédaient à eux trois que 15 actions, chiffre bien inférieur à celui requis par l'art. 30. Si l'on admettait même que les apporteurs pussent prendre part à l'approbation des apports de leurs coassociés, la majorité qui avait approuvé l'apport de celui d'entr'eux qui avait souscrit le plus grand nombre d'actions, ne représentait que 46 actions, nombre encore insuffisant... La cour d'Angers a été certainement impressionnée et entraînée par cette situation de fait toute spéciale et que nous ne croyons pas de nature à se présenter souvent. Aussi pensons-nous que l'intérêt même des souscripteurs et du public, pour lesquels il importe que la société en formation aboutisse, si son avenir paraît sérieusement assuré, exige que l'on s'en tienne à la solution donnée par la cour de Paris dans l'arrêt précité.

Il ressort des développements que nous venons de fournir que les apporteurs en nature ou ceux qui ont

stipulé des avantages particuliers sont exclus du droit de vote alors même qs'ils se présentent comme souscripteurs d'actions de numéraire. Cette exclusion est motivée par les motifs mêmes qui ont fait refuser le droit de vote aux apporteurs en nature. Dans la pensée de la loi, en effet, ceux là seuls doivent être admis à voter, dont le vote est entièrement désintéressé. Or, même quand il est porteur d'actions par lui souscrites, l'associé qui fait un apport ou qui stipule un avantage n'est pas dans des conditions suffisantes d'indépendance et de désintéressement pour apporter un vote moralement libre. Cette solution est, du reste, de jurisprudence constante (1).

Mais cette incapacité n'est pas absolue, elle ne se présente pour les actionnaires en question que pour les scrutins auxquels ils sont personnellement intéressés. Ceux auxquels on a voulu enlever le droit de suffrage sont uniquement ceux qui, comme apporteurs en nature ou comme bénéficiaires de certains avantages, pourraient être suspects de partialité. Cette raison ne se rencontre évidemment plus lorsqu'il s'agit d'apprécier les apports d'autres associés ou les avantages qui leur sont faits. Alors tout associé, même apporteur ou avantagé, autre que celui dont l'apport ou l'avantage est en discussion, recouvre la pleine liberté de son droit au vote. C'est ce que décide aujourd'hui la jurisprudence la plus récente, faisant ainsi, à notre avis, une interprétation de l'art. 4. p. 5 et de l'art 24 de la loi de 1867 à la fois libérale et juridique (2).

La prohibition du droit de vote qui atteint les apporteurs en nature, souscripteurs en numéraire ou non, ne les empêcherait nullement d'assister à la délibération, de discuter même et de fournir les

(1) Cassation, 22 février 1888 ; Sirey, 1888-1-417 et 20 janvier 1892 (Revue des soc. 1892 p. 129).
(2) Cassation, 20 janvier 1892 ; Sirey, 1892-1-260.

explications susceptibles, à leur avis, de justifier leurs propositions.

Les prescriptions de l'art. 4 de la loi de 1867, relatives au vote dans les assemblées constitutives, sont imposées à peine de nullité (art. 7 et 41). Est-ce à dire que le seul fait que des apporteurs en nature auraient pris part au vote sur la vérification de leurs apports, entraînera toujours la nullité de la société ? Telle est certes la sanction rigoureuse que paraîtraient comporter les dispositions de la loi 1867. Toutefois la jurisprudence la plus récente déclare que cette solution est trop absolue et que la participation au vote des associés apporteurs ne sera sanctionnée par la nullité qu'autant que leur vote a été pris en considération pour le calcul de la majorité. C'est là une interprétation équitable de l'art. 4. Ce que le législateur a voulu, c'est écarter les associés apporteurs d'un vote dans lequel ils sont directement intéressés. Or, si, en défalquant leur vote, on arrive à reconnaître que la vérification n'en eut pas moins réuni la majorité requise, il peut paraître rigoureux de prononcer la la nullité de la société, à raison d'une irrégularité qui laisse intacte la sincérité du vote, puisque si les associés apporteurs s'étaient abstenus, comme l'exige l'art. 4, les apports n'en auraient pas moins été approuvés par l'assemblée générale. La cour de Paris a fait de cette manière de voir une application intéressante dans un arrêt que nous avons cité plus haut. Il s'agissait de la société des journaux républicains réunis. Cette société était constituée au capital de 600,000 fr. divisé en 1200 actions de 500 fr. chacune, dont 40 payables en numéraire et 1160 en apports en nature. Dans le vote approbatif des apports, les apporteurs ne s'étaient pas abstenus comme ils avaient dû le faire, mais il résultait du procès-verbal que les actionnaires avaient approuvé les apports à l'*unanimité*.

Il s'ensuivait que le vote de ces actionnaires apporteurs n'avait aucune signification, puisqu'il n'était nullement indispensable pour le calcul de la majorité requise (1).

L'incapacité qui frappe les apporteurs ou ceux qui stipulent des avantages, est-elle absolue, en ce sens que toute participation au vote concernant les apports et les avantages doit leur être refusée, qu'ils votent en leur nom personnel ou au nom d'un autre actionnaire dout ils auraient reçu *mandat?* Ou bien peut-on admettre qu'ils puissent en quelque sorte se dédoubler, de manière que leur qualité d'apporteurs ou d'avantagés s'efface et disparaisse pour ne laisser place qu'à celle de mandataire pur et simple? La question est grave et délicate : elle a été longtemps inconnue en jurisprudence, et c'est il y a quelques mois à peine qu'elle a été soumise à la cour de Cassation (2).

Ce dédoublement de l'apporteur en apporteur et en mandataire répond-il au vœu de la loi et assurera-t-il le but poursuivi par elle, c'est-à-dire une vérification sincère et désintéressée des apports? Il est permis d'en douter. Le législateur de 1867 a exigé du votant une situation morale particulière. Cette situation morale se rencontrera-t-elle et peut-elle se rencontrer chez l'apporteur chargé par mandat de voter sur la valeur de ses propres apports? Un pareil vote est-il vraiment libre? Est-il à supposer que jamais un apporteur, prenant en considération sa seule qualité de mandataire, trouvera excessives les évaluations de ses apports? Le contraire n'est-il pas plus probable et l'apporteur n'absorbera-t-il pas toujours le mandataire? Et, dès lors, ne méconnaît-on pas l'intention du législateur en même temps que les termes de la loi qui interdisent aux associés apporteurs

(1) Sirey, 1888. 2. 281.
(2) Sirey, 1893. 1. 360.

ou avantagés de prendre part au vote à émettre pour fixer le résultat de l'évaluation? A ceux qui objectent que le mandat est libre à moins d'une prohibition formelle de la loi, on peut répondre que la question est précisément de savoir si ce texte qui limite la liberté du mandat ne se trouve pas dans l'art. 4 pg, 5 de la loi de 1867.

Malgré ces objections, dont la gravité est incontestable, la cour de Cassation a résolument adopté la solution contraire. Elle a déclaré qu'il suffisait d'examiner si les statuts de la société autorisaient les actionnaires à voter à l'assemblée générale par un fondé de pouvoirs et s'ils imposaient la condition qne ce mandataire fut pris parmi les associés. Il n'y a aucun motif, dit la cour suprême, pour ne pas considérer comme valable le vote émis par le fondé de pouvoirs d'un actionnaire, alors que ni l'existence et la régularité du mandat, ni la qualité d'associé du mandataire ne sont mises en doute, et il importe peu que le mandataire fut personnellement privé du droit du suffrage dans les votes dont il est question. La raison la plus sérieuse qu'on puisse invoquer à l'appui de la doctrine de la cour de Cassation est peut-être que l'actionnaire, maitre de son vote relativement à l'approbation des apports et avantages, sait ce qu'il fait en donnant pouvoir à celui-là même qui a fait ces apports, qu'il manifeste ainsi la volonté de les accepter pour la valeur qui leur a été attribuée ; la présence de l'actionnaire lui-même à l'assemblée ne changerait donc rien au vote. Toujours est-il qu'on ne saurait nier que cette faculté laissée à l'apporteur et à l'avantagé de représenter les actionnaires, surtout lorsqu'il s'agit de voter sur les apports et les avantages qui lui sont personnels, peut facilement donner lieu à la fraude et à la mauvaise foi. La présence des actionnaires à l'assemblée suppose

encore la possibilité d'une discussion, un simple mandat supprime même cette rare possibilité.

e) Approbation frauduleuse des apports. — Qu'arriverait-il, si malgré les précautions protectrices prises par le législateur, les actionnaires avaient été trompés sur la valeur des apports et la cause des avantages? S'il y a eu une simple majoration des apports ou des avantages, *sans manœuvres frauduleuses*, l'approbation donnée par l'assemblée générale est souveraine et inattaquable. « L'exagération des « avantages (et des apports), dit M. Vavasseur, fut-elle « constatée, devrait-être maintenue, si le gérant et les « fondateurs n'avaient pas eu recours à des manœu- « vres caractérisées pour les obtenir, car la constitu- « tion des sociétés ne peut être légèrement mise en « question; les actionnaires après tout sont tenus de « se livrer à un examen sérieux, et s'ils se trompent « eux-mêmes dans des appréciations trop superfi- « cielles, ils ne peuvent s'en prendre à autrui. L'as- « semblée générale est souveraine à cet égard et sa « décision a, suivant l'expression de M. Paul Pont, « l'autorité de la chose jugée ». Ces principes qui ne sont que l'application, en l'espèce, des règles du droit commun sont formellement sanctionnés par les décisions de la jurisprudence (1).

Mais la loi de 1867 réserve expressément l'exercice de l'action en nullité pour cause de dol ou de fraude. « L'approbation, dit l'art. 4, pg.7, ne fait pas obstacle « à l'exercice ultérieur de l'action qui peut-être inten- « tée pour cause de dol ou de fraude. » Si donc l'approbation de l'assemblée des actionnaires n'avait été obtenue qu'à l'aide de manœuvres frauduleuses, la nullité de la délibération pourrait être demandée, et il en résulterait que, les apports ou les avantages

(1) Cassation 10 janvier 1881. Sirey 1881-1-251 et Paris 2 avril 1886. Cassation 20Nov. 1888; Sirey 1891-1-12.

n'ayant pas été approuvés, la société elle-même serait nulle. (Art. 1109 et et 1116 cod. civ.)

Une fin de non recevoir tirée de l'approbation donnée par l'assemblée générale des actionnaires, ne saurait être opposée aux cessionnaires d'actions qui sont demeurés étrangers aux agissements des fondateurs. Si donc ils ont été lésés par la fraude concertée entre les apporteurs et les souscripteurs primitifs, qui se sont, par exemple, réunis en syndicat distinct de la société, afin de tromper les acheteurs sur la valeur réelle des actions à écouler, ils ont le droit d'intenter contre eux une action en dommages-intérêts (1). C'est là une action personnelle, individuelle, indépendante de toute question à soulever sur la validité ou l'invalidité de la société. Le juge devra donc uniquement rechercher s'il y a eu faute dans les termes de l'art. 1382 à la charge des apporteurs en nature et des fondateurs de la société, faute délictuelle, car la jurisprudence y a vu plus d'une fois les éléments de l'escroquerie (2). Or, pour rechercher l'existence de cette faute, le juge a le devoir de s'assurer si l'approbation donnée à l'évaluation des apports n'a pas été un des actes nécessaires à l'accomplissement du dol reproché aux fondateurs de la société. A l'égard des acheteurs d'actions trompés par ceux-ci, cette approbation donnée par l'assemblée générale (dans l'espèce rapportée à la note I, cette assemblée était uniquement composée des apporteurs et des premiers souscripteurs, tous parfaitement éclairés sur la véritable valeur des apports) ne saurait produire aucun effet, alors qu'elle lie les fondateurs. En conséquence, le juge du fond a le droit de modifier les évaluations ainsi approuvées pour sta-

(1) Cassation 19 février 1889 ; Sirey 1892-1-406 et note sous Dalloz 1893-2-161.
(2) Dalloz 1887-1-353.

tuer sur la demande en réparation du préjudice qu'elles ont causé aux cessionnaires d'actions.

S'il a été commis des erreurs de calcul ou autres portant sur la substance de la chose (art. 1110, C. Civ.) il y aurait lieu à l'annulation du contrat pour vice du consentement. C'est le droit commun qui le veut ainsi, et on ne saurait en écarter l'application sous prétexte que l'art. 4 ne mentionne que le dol ; la loi à cet égard est énontiative et non restrictive. Cependant l'erreur ne pourrait être admise comme portant sur la substance de la chose, que si elle atteignait des proportions considérables, de nature à renverser, ou tout au moins, à compromettre les bases du contrat.

f). Cas ou l'approbation des apports n'est pas nécessaire. — La loi du 1867 a apporté une exception aux règles qu'elle a tracées pour la vérification et l'approbation des apports. Elle se présente au cas « *où la société à* « *laquelle est fait un apport ne consistant pas en* « *numéraire, est formée entre ceux seulement qui en* « *étaient propriétaires par indivis* ». Le législateur a pensé que dans cette hypothèse, il n'y a pas d'actionnaires appelés qui, trompés par de fausses apparences, acceptent en aveugles des apports et des stipulations qu'ils n'ont ni connus ni contrôlés, et que l'absence d'approbation tient uniquement à l'absence même de l'élément intéressé à exercer le contrôle (1). Il est vrai que des spéculateurs pourraient s'entendre pour acheter en commun une chose sans valeur réelle, l'apporter pour une valeur considérable à la société qu'ils forment entre eux, et jeter ensuite sur le marché des actions représentatives de cet apport ainsi frauduleusement exagéré. La commission du Corps Législatif, prévoyant cette fraude possible, avait proposé de n'appliquer la dispense de vérification des apports que lorsque les associés ne feraient pas appel

(1) Dalloz 1883. 2. 161.

à une souscription publique. Mais le conseil d'Etat repoussa cette restriction, parce que, disait-il, « la « fraude ne se présume pas, et qu'il est impossible, « sous prétexte qu'elle pourra se servir de l'exception « pour tourner les prohibitions de la loi, de condamner « des intérêts loyaux et respectables à ne point user « des facultés du droit commun (1) ». Les souscripteurs ainsi lésés pourront invoquer, suivant les cas, l'action en nullité pour cause de dol ou une action en dommages-intérêts dans les termes de l'art. 1382.

Pour qu'il y ait lieu à l'exception de l'art. 4, faut-il nécessairement que les apports en question soient *indivis* entre les associés comme le proclame la lettre de la loi ? ou bien, suffit-il qu'il n'y ait aucun apport en numéraire, sans qu'il soit nécessaire que les associés apporteurs soient en état d'indivision quant à leurs apports ? On a très énergiquement soutenu qu'il faut s'en tenir à la lettre de la loi et que la dispense de vérification des apports doit être restreinte au seul cas où les associés en sont propriétaires par indivis. « Sinon, dit M. Lyon-Caen, c'est distinguer, en quel- « que sorte, pour l'application de la loi de 1867 deux « sortes de sociétés anonymes, celles (de beaucoup les « plus nombreuses) qui font souscrire leur capital- « actions par le public, et celle dont le capital est de « suite entièrement souscrit par les fondateurs. La loi « de 1867 ne contient pourtant aucune distinction de « cette nature, ses termes sont généraux et elle ne ren- « ferme pas, comme la loi Belge sur les sociétés du 18 « Mars 1873 (art. 30), de disposition écartant tout ou « partie de ses prescriptions pour les sociétés anonymes « formées sans appel au public. Il semblerait bien que « c'est le cas ou jamais d'appliquer, la règle élémentaire « d'interprétation : *Ubi lex non distinguit, nec nos « distinguere debemus* (2). »

(1) Dalloz 1867. 4. 103.
(2) Note dans Sirey 1877. 2. 1

La solution contraire est généralement enseignée, et la jurisprudence l'a consacrée à plusieurs reprises. La question est de savoir si l'exception formulée par l'art. 4 est limitative ou non ; or, il semble bien évident que le législateur n'a voulu donner qu'un exemple entre plusieurs cas similaires. Le rapport de la commission législative de 1867, au besoin, ne laisserait aucun doute à cet égard : on s'est demandé, dit-il, s'il fallait faire de la vérification des apports, « une règle *absolue* et s'il n'y avait pas des exceptions possibles et nécessaires ». Puis il ajoute qu'un membre de la commission a exposé diverses hypothèses où il n'y a pas besoin de faire appel à des capitaux étrangers. La formule adoptée pour la dispense de vérification des apports n'a donc pas entendu prévoir un cas unique ; elle a voulu, au contraire, régir les cas analogues, en embrassant toutes les exceptions nécessaires.

Les raisons qui ont amené le législateur à imposer la réunion d'assemblées générales de vérification, ne sauraient non plus se retrouver ici. Il n'y a plus à craindre que des actionnaires qui n'ont pas participé à la rédaction des statuts, ne trouvent le temps nécessaire et le courage de procéder à un examen sérieux des clauses des statuts. Ce danger est chimérique lorsque la société est exclusivement fondée par ceux-là seuls qui font des apports en nature. Ils ne sont pas, comme les souscripteurs d'actions, absents ou isolés lors de la formation du contrat. Ils ont rédigé eux-mêmes ou fait rédiger les statuts de la société, ils les signent en commun en présence les uns des autres. Pourquoi exiger, qu'une fois leur consentement échangé, ils se réunissent une seconde fois, puis une troisième fois, pour décider solennellement, après un rapport imprimé, qu'ils ne se sont pas trompés la première fois ?

Ajoutons enfin que l'observation des formalités de vérification serait matériellement impossible, puisque l'art. 4 et l'art. 30 de la loi de 1867 disposent que les assemblés générales, chargées de procéder à la vérification, doivent représenter le quart ou la moitié du capital en *numéraire*. Or, dans notre cas il n'y a pas de capital en numéraire, tous les apports étant des apports en nature.

g) Droit Comparé. — Malgré les précautions prises par le législateur, il arrive encore trop souvent qu'on se trouve en présence d'exagérations manifestes en matière d'apports en nature et d'avantages particuliers.

Le projet de loi, adopté par le Sénat en 1884, a cherché, par plusieurs moyens, à enrayer le mal. Ce projet prescrit bien, comme la loi de 1867, la vérification des apports en nature et des avantages particuliers par l'assemblée des actionnaires. Mais il ajoute : « dans tous les cas, si le quart des actionnaires pré« sents le demande, il doit être procédé à la vérifica« tion de la valeur des apports ainsi que de la cause « et de l'étendue des avantages, par un ou trois « experts désignés contradictoirement avec un délé« gué des réclamants, par le président du Tribunal de « Commerce du lieu du siège social (art. 11). Cette « expertise est obligatoire quand la société étant « formée seulement entre ceux qui font un apport « indivis, la vérification n'est pas possible (art. 13). « Dans tous les cas, les actions représentant des apports « en nature ne peuvent être détachées de la souche, « et ne sont négociables, que deux ans après la « constitution définitive de la société. Pendant ce « temps, elles devront, à la diligence des adminis« trateurs, être frappées d'un timbre indiquant leur « nature et la date de cette constitution (art.7) » (1).

(1) L'art 7 du projet de loi de 1884 vient d'être voté par les chambres et fait partie de la loi du 1er août 1893 qui est venue modifier la loi de 1867 sur quelques points.

Les lois étrangères, à l'exception de la loi *Anglaise*, s'occupent spécialement des apports et des avantages particuliers, et les dispositions en sont généralement empruntées à la loi française de 1867.

Le code *Hongrois* prescrit de mentionner dans le prospectus qu'on publie avant l'ouverture de la souscription, les apports en nature et leur évaluation ainsi que les avantages particuliers (art. 150). Une seule assemblée générale est appelée à en opérer la vérification, elle peut les réduire et non les augmenter (art. 156) et les statuts doivent les mentionner.

Le code *Italien* compte, pour prévenir les abus, sur l'intervention du Tribunal Civil, sans la décision duquel une société anonyme ne peut pas exister légalement. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser de cette homologation judiciaire. Disons de suite, que le tribunal italien doit se borner à une vérification purement externe, il se contente de rechercher si les conditions exigées par la loi pour la constitution de la société ont été remplies. Peut-être sera-t-il difficile à des magistrats, ayant la conscience de leur responsabilité de ne point sortir du rôle qu'on prétend leur assigner. Le code de commerce de *Roumanie* imité du code italien, l'a compris. Plus logique, il a étendu les pouvoirs du juge et invité le tribunal à prendre en considération l'utilité de l'entreprise, la moralité des fondateurs, l'exactitude de l'évaluation des apports, etc.

Le Code *Allemand*, modifié en 1884, requiert de nombreuses formalités. L'acte de société doit indiquer les avantages particuliers avec les noms des bénéficiaires, les apports en nature, les noms de ceux qui les font et le nombre d'actions qui leur sont attribuées. Toute convention sur ces points, qui ne figu-

rerait pas dans les statuts, serait nulle à l'égard de la société (art. 209). Le bulletin de souscription doit reproduire notamment ces énonciations (art. 209). Les fondateurs sont tenus d'exposer, dans une déclaration signée d'eux, les circonstances qui leur paraissent justifier l'évaluation des apports en nature. Ils doivent spécialement indiquer les contrats relatifs à l'acquisition des biens apportés et les prix d'acquisition de ces biens pendant les deux dernières années. Les administrateurs, les membres du conseil de surveillance et les réviseurs (quand il y en est nommé) ont à examiner spécialement tout ce qui est relatif aux apports et aux avantages particuliers et présenter à ce sujet un rapport écrit à l'assemblée générale. Lorsqu'on fait la demande pour l'inscription de l'acte de société sur le registre du tribunal du commerce, on doit y annexer les actes concernant les biens apportés et la déclaration signée des fondateurs. Toutes ces conditions sont requises, même lorsqu'il n'y a pas de souscription publique.

CHAPITRE III

NOMINATION DES PREMIERS ORGANES DE LA SOCIÉTÉ

a). Nomination des administrateurs. — La société anonyme, comme toute société a besoin de représentants qui figurent en son nom dans les affaires sociales ou dans les procès qu'elle peut avoir à soutenir. Ces mandataires portent le nom d'*administrateurs* et leur nomination est une condition préalable de la constitution de la société.

En principe, les administrateurs sont nommés par les actionnaires et la société n'est constituée que du moment où ils acceptent la fonction dont on les investit (art. 25, L. 1867). Il est procédé à leur nomination dans l'assemblée générale réunie soit pour vérifier

la sincérité de la déclaration des fondateurs, soit pour voter, s'il y a lieu, sur l'approbation des apports et des avantages particuliers. Toutefois, comme il peut arriver que les fondateurs désirent, au moins au début, garder la direction de la société, la loi admet que les statuts puissent contenir la désignation des administrateurs (art. 25). Il n'y a pas là, véritablement, une dérogation aux règles du mandat, puisque par leur souscription, les actionnaires déclarent implicitement adhérer et ratifier le choix des administrateurs qui y sont désignés. Si les administrateurs sont nommés par la première assemblée générale ou plus tard par les assemblées ordinaires, ils pourront conserver leur mandat pendant une durée maxima de six ans. Cette durée est réduite à trois ans s'il s'agit d'administrateurs nommés par les statuts (1).

Le nombre des administrateurs n'est pas fixé par la loi ; il peut y en avoir un seul ou plusieurs. Dans ce dernier cas, ils forment, par leur réunion, le *conseil d'administration*. Ce conseil est ordinairement dirigé par un président nommé par les administrateurs, s'il n'a été désigné par les statuts. Souvent les statuts fixent, quant au nombre des administrateurs, un maximum et un minimum, en stipulant, par exemple, qu'il y aura trois administrateurs au moins et cinq au plus.

Les administrateurs sont le plus souvent salariés, mais ils peuvent aussi remplir gratuitement leurs fonctions (art. 22). Cela se rencontre dans les sociétés qui demandent un dévouement personnel au but poursuivi, en dehors des bénéfices à réaliser. La gratuité ou la non gratuité du mandat fera apprécier d'une façon plus au moins sévère les fautes que les

(1) Les administrateurs ne peuvent déléguer leurs droits d'administrateurs à un tiers que s'il existe une clause des statuts autorisant cette substitution. Dans ce cas, ils seront personnellement responsables de la conduite de celui qu'ils se sont substitué.

administrateurs pourront commettre dans l'exercice de leurs fonctions (art. 1992. Cod. Civ.).

L'art. 22 de la loi de 1867 exige que les administrateurs soient pris parmi les associés et l'art. 26 ajoute qu'ils doivent être propriétaires d'un nombre d'actions déterminé par les statuts. Ces actions sont nominatives, inaliénables, frappées d'un timbre indiquant l'inaliénabilité et déposées dans la caisse sociale. Elles servent de garantie pour la gestion des administrateurs, et la société a sur elles le privilège du créancier gagiste. Il n'est pas nécessaire, toutefois, que les admistrateurs aient le nombre d'actions voulu au moment même de leur nomination, il suffit qu'ils les aient au moment où ils entrent en fonctions (1). S'ils ne satisfont pas à cette obligation, on devra pourvoir à leur remplacement. Ces admistrateurs doivent eux-mêmes faire diligence à cet effet, et s'ils négligeaient de se faire nommer des successeurs, ils pourraient être déclarés responsables envers les actionnaires et les tiers. Mais il n'en faudrait pas déduire que la société serait passible de nullité, la violation de l'art. 22 n'est pas indiquée parmi les causes de nullité de la société (art. 41).

Si les statuts n'ont pas fixé le nombre d'actions minimum que doit posséder un administrateur en fontions, faut-il déclarer la société nulle, ou faut-il admettre que les administrateurs s'exposeraient à être déclarés personnellement responsables s'ils commençaient à gérer avant d'avoir fait compléter les statuts ? C'est à tort, croyons-nous, qu'on a soutenu l'une et l'autre de ces solutions. Dans le silence des statuts, il faut s'en référer au droit commun, au système de la loi, et déclarer que la garantie sera suffisante si chaque administrateur est propriétaire d'une action.

Certaines fonctions sont incompatibles avec la qualité

(1) Paris, 12 décembre 1889.

d'administrateur d'une société anonyme. Défense d'accepter un pareil mandat est fait aux militaires de tous grades (1) et aux notaires (2). D'après la jurisprudence des conseils de discipline de certains barreaux, les avocats ne peuvent également accepter le poste d'administrateur, cette fonction étant contraire à la règle qui veut que les avocats ne puissent être mandataires salariés on gratuits (3). La violation de ces prohibitions ne porterait pas atteinte à la validité du choix des personnes dont il s'agit, mais entrainerait des peines disciplinaires contre les contrevenants. Il ne s'agit pas là, en effet, d'incapacités légales sanctionnées par la nullité des nominations.

Il n'est pas interdit aux membres des deux Chambres d'être administrateurs de sociétés anonymes. Mais la loi du 24 novembre 1883 déclare déchu de son mandat tout sénateur ou député qui, au cours de son mandat, a fait ou laissé figurer son nom, avec sa qualité de membre de l'une ou l'autre Chambre, dans les annonces, affiches, réclames faisant appel au public pour l'émission de valeurs mobilières (4).

Droit comparé. — Le Code *Suisse* et le Code *Portugais* exigent, comme la loi française, que les administrateurs soient choisis parmi les actionnaires. Cette condition ne se retrouve plus dans les lois *Belge*, *Allemande*, *Hongroise* et *Italienne* qui laissent toute liberté pour les choix des administrateurs, aux assemblées d'actionnaires.

La durée du mandat est la même en *Suisse* qu'en France. La plupart des autres législations ont sur ce point des règles différentes. La loi *Allemande* ne fixe pas de

(1) Circulaire Ministérielle du 24 décembre 1869.
(2) Ordonnance du 4 janvier 1843, art. 12.
(3) Décision du conseil de l'Ordre de Paris de 1865. En Belgique la Cour de Bruxelles a refusé d'admettre cette incompatibilité en déclarant qu'en Belgique il n'est pas interdit aux avocats d'être mandataires : Bruxelles, 9 mai 1883, *Le Droit*, 8 juin 1883.
(4) Des textes formels interdisent aux membres des deux chambres d'être administrateurs dans les compagnies de chemins de fer et dans les compagnies de services maritimes postaux.

maximum à la durée des fonctions d'administrateur. Le Code *Hongrois* fixe ce maximum à trois ans, la loi *Belge* à six ans, que les administrateurs soient désignés par les statuts ou nommés par l'assemblée générale des actionnaires. La loi *Italienne* a réglé le renouvellement partiel des administrateurs afin d'éviter les changements trop brusques. La désignation des membres sortants et rééligibles se fait par la voie du tirage au sort.

b). Nomination des Commissaires de Surveillance. — Il serait difficile à tous les actionnaires réunis de contrôler eux-mêmes la gestion des administrateurs. Aussi la loi exige-t-elle que la surveillance en soit confiée spécialement à certaines personnes, appelées *Commissaires de surveillance.* C'est là un organe dont la société doit être pourvue, avant d'être constituée et de pouvoir commencer ses opérations. Les premiers commissaires de surveillance sont nommés par une assemblée constitutive comme les premiers administrateurs, mais à la différence de ces derniers, ils ne pourraient pas être désignés par les statuts. C'est là une mesure sage et prévoyante, sinon les fondateurs, qui sont d'habitude les premiers administrateurs auraient pu, lors de la confection des statuts, choisir eux-mêmes les personnes chargées de surveiller leur gestion.

Les commissaires sont choisis, après la constitution de la société, par l'assemblée annuelle qui se réunit pour approuver les comptes des administrateurs. A défaut de nomination par l'assemblée générale, les commissaires sont choisis par le président du tribunal de commerce du siège de la société, à la requête d'un intéressé, les administrateurs dûment appelés.

La loi ne fixe pas le nombre de commissaires et laisse toute liberté de les prendre même en dehors des associés, pour qu'on puisse choisir, sans obstacle, des

hommes ayant une connaissance spéciale de la comptabilité. Ils sont nommés pour un an.

La principale mission des commissaires de surveillance est de présenter à l'assemblée générale annuelle un rapport sur la situation de la société, sur le bilan et les comptes des administrateurs (art. 32). Ils y indiquent si les dividendes proposés par ces derniers peuvent ou non être distribués. Ce rapport sera lu à l'assemblée générale. C'est là une prescription dont l'inobservation entraînerait la nullité de l'approbation des comptes et bilans présentés.

La loi indique quels doivent être les éléments de vérification qui seront mis à la disposition des commissaires. Pendant le trimestre qui précède l'époque fixée pour la réunion de l'assemblée annuelle, les commissaires ont le droit de prendre communication des livres et d'examiner les opérations de la société (art. 34). Il leur est donné aussi communication de l'état dressé chaque semestre sur la situation active et passive. Enfin l'inventaire annuel, le bilan, le compte des profits et pertes sont mis à leur disposition, le quarantième jour au plus tard avant la date de l'assemblée.

A côté de cette fonction normale de contrôle, nous avons vu (Titre I) que les commissaires pouvaient, exceptionnellement et en cas d'urgence, convoquer l'assemblée générale (art. 33).

Droit comparé. — La loi *Anglaise* et la loi *Espagnole* n'exigent pas la constitution d'un organe de surveillance. Mais la plupart des lois étrangères veulent comme la loi française, la constitution d'un pouvoir de contrôle. Elles diffèrent généralement de la nôtre sur les points suivants : D'abord les pouvoirs du conseil de surveillance ne sont pas périodiques, mais bien permanents, en ce sens que les vérifications des commissaires peuvent se faire à n'importe quelle

époque de l'année. En second lieu, elles fixent un nombre minimum de commissaires à choisir, ce nombre minimum est fixé à trois par les lois *Allemande*, *Hongroise*, *Italienne* et *Portugaise*.

N. B. — Malgré l'existence de personnes spécialement chargées de vérifier la gestion de la société, il peut se faire que les actionnaires ne soient pas suffisamment éclairés ou qu'ils se méfient des rapports qui leur sont présentés. Y a t-il pour ces actionnaires un moyen pratique et légal de se procurer des renseignements suffisants et pouvant leur inspirer toute confiance ? Ce moyen n'existe que lorsqu'il y a un procès engagé ou qui va s'engager (v. infra. page 71). Alors le tribunal saisi pourra nommer des experts chargés de vérifier les livres et les opérations de la société. Beaucoup de lois étrangères se sont montrées plus prévoyantes et donnent aux actionnaires, représentant une certaine fraction du capital social, le droit de faire nommer par l'autorité judiciaire, en dehors de tout procès, des sortes d'experts qui apporteront la lumière sur les points qui leur paraissent douteux ou suspects. C'est ainsi qu'en *Angleterre*, on peut demander au *Board of Trade*, administration qui correspond à peu près à notre ministère du commerce la nomination d'experts ou commissaires spéciaux appelés *Inspectors*. Les lois *Allemande* et *Italienne* ont des dispositions analogues.

APPENDICE

UNE QUESTION DE DROIT COMPARÉ

Malgré les précautions multiples que le législateur de 1867 a prises pour assurer la constitution régulière des sociétés par actions, le but qu'il s'est proposé n'est pas toujours atteint.

Les fondateurs font trop souvent des déclarations

qu'ils savent inexactes et les actionnaires donnent trop facilement leur approbation à des apports et à des avantages frauduleusement exagérés.

En France, pour obliger les fondateurs à respecter les formalités légales, on s'est contenté d'édicter des mesures répressives, qui se résument dnns la nullité de la société et la responsabilité civile et pénale des fondateurs et des premiers administrateurs.

Mais d'autres législations ont jugé que ces précautions étaient insuffisantes et elles ont adopté un système de mesures préventives, destinées à assurer à la constitution des sociétés un caractère de bonne foi et de sincérité. C'est dans ce but qu'elles soumettent les statuts sociaux à une homologation officielle, après vérification par l'autorité judiciaire de l'observation des conditions exigées pour la validité de la constitution des sociétés. Les lois *Allemandes* de 1870 et de 1884 et le code de commerce *Italien* ont organisé minutieusement cette homologation et cette enquête officielle et de savants professeurs recommandent en France ce système qui offrirait, d'après eux, d'inappréciables avantages.

Le point de départ du système réside dans l'obligation imposée aux sociétés d'avoir une sorte d'état civil. La France est un des rares pays où les sociétés ne soient pas tenues de faire constater par un document, équivalent à un acte de naissance, le moment précis où elles deviennent personne civile. Lorsque toutes les formalités sont remplies, la personnalité est acquise de plein droit aux sociétés, sans que rien n'avertisse les tiers. Presque partout ailleurs, en vertu d'usages anciens, qui chez quelques peuples remontent au-delà du XVIII^e^ siècle (1), les sociétés civiles n'obtiennent cette personnalité que par leur inscription sur un registre spécial, appelé communé-

(1) Notamment en Allemagne.

ment le registre du commerce. Tantôt, comme en *Espagne* et au *Portugal*, l'inscription est opérée sans aucun contrôle, à la demande des intéressés et sur la production des pièces désignées par la loi. Tantôt, au contraire, on a donné mission à des fonctionnaires de l'ordre administratif de vérifier les pièces déposées à l'appui d'une demande d'inscription. Ces fonctionnaires peuvent s'opposer à l'inscription si la constitution de la société leur paraît suspecte. Cet examen évidemment superficiel, n'a aucune conséquence juridique, il contribue seulement à rendre moins fréquentes les irrégularités d'un caractère grave.

Les codes *Italien* et *Allemand* ont transformé le simple examen des fonctionnaires en une véritable enquête, qu'ils ont confiée à l'autorité judiciaire. En *Italie* l'acte constitutif de la société est déposé, dans les quinze jours de sa date, au greffe du tribunal civil du lieu où la société a fixé son siège. Le tribunal vérifie si les conditions prescrites par la loi ont été remplies et, après délibération en chambre du Conseil, il ordonne la transcription de l'acte sur le registre des sociétés. En *Allemagne*, la même tâche est confiée à un des juges du tribunal spécialement délégué. Ce magistrat convoque et préside l'assemblée générale dans laquelle se constitue définitivement la société, lorsque les fondateurs n'ont pas souscrit toutes les actions. C'est entre ses mains qu'est déposée la demande d'inscription signée par tous les administrateurs, fondateurs et membres du conseil de surveillance. C'est à lui que sont remises les pièces justificatives dont la loi demande le dépôt. Après avoir pris connaissance de tous ces documents le juge statue et, en ordonnant l'inscription, il confère l'existence légale à la société anonyme.

Une différence capitale existe entre les législations *Italienne* et *Allemande*. En *Italie*, la décision du

tribunal prescrivant l'inscription sur le registre, ne met pas la société à l'abri des nullités. En *Allemagne*, au contraire, elle efface toutes les irrégularités qui ont pu être commises et qui n'ont pas été découvertes.

C'est de ce dernier système, dont on a vanté l'excellence, qu'on a demandé l'imitation dans notre législation (1). Il est impossible, en effet, de se dissimuler les immenses avantages d'une législation qui permet d'assurer la stabilité des sociétés, en donnant aux individualités juridiques un état civil en règle. Toutefois, les promoteurs de cette réforme sont divisés sur la question de savoir si cette mission de contrôle doit être attribuée au tribuaal de commerce ou au tribunal civil. C'est pour cette dernière juridiction que nous nous prononcerions, car il est à craindre que les magistrats consulaires, naturellement enclins à accorder une grande place à l'usage, n'aient quelque tendance à approuver des procédés d'une légalité douteuse, s'ils paraissaient conformes à des habitudes anciennes. Les magistrats civils, placés en dehors du mouvement des affaires, seront plus disposés à user de sévérité et à exiger l'observation exacte des prescriptions de la loi.

Quelque tentant que paraisse le système de la loi *Allemande*, et quelque nombreux que puissent être ses avantages, nous ne saurions en recommander l'expérience chez nous. Il a le très grave inconvénient de rétablir, au moins en partie, le régime de l'autorisation préalable et de prendre le contrepied absolu du principe qui a inspiré la loi de 1867 : aucune intervention d'une autorité quelconque ne doit se placer entre les fondateurs et les associés. Sans doute, en *Allemagne*, l'examen du magistrat ne

(1) Thaller, de la réforme de la loi sur les sociétés par actions, p. 20 et suiv.

porte ni sur l'objet de la société, ni sur ses chances de succès, ni sur l'honorabilité des fondateurs et des administrateurs, mais le public peut aisément s'y tromper et voir dans la décision du tribunal une sorte de reconnaissance officielle de la société. La loi de 1867 avertissait les actionnaires qu'ils n'avaient à compter que sur eux-mêmes; elle leur adressait une invitation à la prudence et à la vigilance. Avec le nouveau système, la responsabilité retomberait sur le tribunal, devenu par suite du rôle officiel dont il serait investi, le protecteur des intérêts qui ne voudraient on ne sauraient se défendre. Nous croyons que pour écarter les abus dont on se plaint et pour éviter que les actions en nullité n'entravent, à tout instant, la marche des sociétés, le meilleur moyen est encore, comme vient de le faire notre loi récente du 1er août 1893, de restreindre la durée des actions en nullité et de les écarter au besoin, quand le vice qui y a donné naissance se trouve couvert.

C'est pour répondre aux mêmes préoccupations que la loi *Belge* de 1873 a été modifiée par une loi nouvelle en 1886. Le législateur belge a eu recours à plusieurs moyens pour réparer le défaut d'une constitution sociale irrégulière et il a fixé plusieurs délais pour éteindre les actions en nullité qui pourraient surgir. D'abord, quand une imperfection primitive a été réellement réparée, un délai d'un an à partir de la publication de ce fait, efface complètement la nullité de la société. Ensuite, le fonctionnement régulier de la société pendant le laps de 5 ans à partir du jour de la publication, entraîne l'extinction de l'action en nullité pour un vice originaire. Enfin l'exécution couvre les nullités quand l'ordre public n'est pas contraire.

TITRE III

DES ASSEMBLÉES ORDINAIRES

Chaque année, à une date fixée souverainement par les statuts, les actionnaires se réunissent en assemblée générale. Cette assemblée est dite ordinaire parce qu'elle constitue un des organes naturels de la société et qu'elle est convoquée invariablement, à époque fixe, pendant toute la durée des opérations sociales. Il est, en effet, indispensable que toutes les personnes que la confiance des actionnaires a investies soit d'un mandat d'administration, soit d'un mandat de surveillance, viennent, au moins une fois par an, devant leurs mandants, leur rendre compte de leur gestion. Comme nous l'avons déjà dit ailleurs, l'assemblée générale ordinaire sera vis à vis des administrateurs et des commissaires de surveillance, dans la situation du pouvoir législatif en face du pouvoir exécutif. Elle vérifiera les comptes et les rapports qui lui seront présentés, et, s'ils lui paraissent honnêtes et fidèles, elle leur donnera une approbation immédiate et définitive.

Si nous voulons distinguer, en les caractérisant, les *principaux points* sur lesquels devront porter l'attention et la discussion de l'assemblée générale ordinaire, nous dirons qu'elle a pour mission de : (1)

1° *Vérifier et approuver les comptes et inventaires et adopter le chiffre du dividente proposé ;*

(1) Les statuts peuvent étendre, à leur gré, les pouvoirs des assemblées ordinaires, à la condition de respecter les limites tracées par le législateur de 1867.

2° *Approuver la transformation des actions nominatives en titres au porteur ;*

3° *Nommer les administrateurs et les commissaires.*

CHAPITRE I

VÉRIFICATION ET APPROBATION DES COMPTES ET INVENTAIRES ET DU CHIFFRE DU DIVIDENDE PROPOSÉ

La loi de 1867 demande qu'on soumette à l'assemblée générale ordinaire l'inventaire annuel, le rapport des administrateurs et celui des commissaires de surveillance, le bilan et les propositions de distribution de dividendes. Mais, afin de ne pas forcer les actionnaires à se prononcer sur un simple exposé fait en réunion publique, l'article 12 exige que *quinze jours, au moins, avant l'assemblée, les bilans, les inventaires et le rapport du conseil de surveillance soient mis, au siège social, à la disposition de tous les actionnaires qui pourront en prendre connaissance, soit par eux-mêmes, soit par un fondé de pouvoirs.*

L'inventaire à communiquer aux actionnaires est celui que l'art. 34 de la loi de 1867 indique en ces termes : il est établi chaque année, conformément à l'art. 9 du Code de Commerce, un inventaire contenant l'indication des valeurs mobilières et immobilières et de toutes les dettes actives et passives de la société. A côté de cet inventaire, toute société anonyme est tenue de dresser, chaque semestre, un état sommaire de sa situation active et passive (art. 34).

Quant au bilan dont le dépôt est aussi exigé, il consiste en un exposé analytique et méthodique du doit et de l'avoir et la balance de l'un avec l'autre.

Il importe de remarquer de suite que la rédaction de l'art. 12 est défectueuse et contient une erreur manifeste. Il y est énoncé que les pièces dont il s'agit

doivent être communiquées aux actionnaires quinze jours, *au moins,* avant la réunion de l'assemblée. Si l'on prenait ces expressions à la lettre, il faudrait dire que la communication ne pourrait pas être demandée, huit ou dix jours, mais seulement au moins quinze jours avant la réunion. La règle serait peu raisonnable et ne répondrait pas au but visé par le législateur, qui, en fixant un délai de vérification, a voulu à la fois permettre aux administrateurs et commissaires de dresser à loisir les pièces dont il s'agit, et éviter à la société des demandes de communications intempestives. Il faut donc lire : quinze jours, *au plus*, avant la réunion de l'assemblée.

Le droit de communication n'est pas seulement conféré aux actionnaires qui, possesseurs du nombre d'actions fixé par les statuts, auront le droit de vote aux assemblées générales, il appartient à *tous* les actionnaires, sans exception, comme le dit explicitement l'art. 35 de la loi de 1867. Tous, en effet, sont également intéressés à la bonne administration et à la sincérité des opérations de la société.

Parmi les pièces à communiquer, ne figure pas le rapport que les administrateurs doivent préparer pour l'assemblée générale. On a jugé que cette communication n'aurait aucune utilité, ce rapport ne fait, en effet, que constater les résultats de l'inventaire et du bilan dressés par les administrateurs eux-mêmes. Il en serait résulté inévitablement que si ces résultats sont inexacts, les mêmes erreurs se seraient retrouvées dans le rapport des administrateurs. « On a dit « parfois plaisamment, rapportent MM. Lyon-Caen « et Renault, qu'il ne fallait pas que la rapport des « administrateurs fut communiqué aux actionnaires, « pour que ceux-ci fussent attirés à l'assemblée « générale, afin d'y avoir à entendre quelque chose « de nouveau ! »

Comment les actionnaires pourront-ils user du droit que leur confère l'art. 12 ? D'abord, il est certain qu'ils ont le droit, *quinze jours au plus* avant la réunion, de prendre, au siège social, communication de l'inventaire et de la liste générale des actionnaires. Ils peuvent ensuite se faire délivrer copie du bilan qui donne le résumé de l'inventaire et du rapport que les commissaires ont dû préparer sur les comptes des administrateurs et la situation de la société. Il est enfin généralement reconnu qu'ils ont le droit de prendre des notes et de faire des copies des pièces qui leur sont communiquées (1). Cette faculté est indispensable si l'on veut que le droit de communication ait une utilité efficace. Si les administrateurs résistaient à une pareille prétention, le juge des référés pourra être saisi de la question et il devra ordonner que les actionnaires aient pleine liberté à cet égard.

Il ne faudrait pas conclure des termes des art. 12 et 35 que le droit de communication des actionnaires soit strictement limité aux époques indiquées par ces articles. Le droit qui leur est ainsi reconnu n'implique nullement l'impossibilité pour les actionnaires de réclamer et d'obtenir des tribunaux, dans d'autres circonstances, la vérification d'une comptabilité qu'ils peuvent avoir intérêt à connaître. On soutiendrait vainement que dans les sociétés anonymes l'exercice de ce droit est exclusivement réservé aux commissaires de surveillance. Sans doute ceux-ci représentent ordinairement la masse des actionnaires ; ils sont chargés à ce titre de veiller à leurs intérêts, de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société ; ils doivent faire à l'assemblée générale annuelle un rapport dans lequel ils signalent les inexactitudes et les irrégularités relevées dans les inventaires et indiquent les motifs qui s'opposent

(1) Trib. civ. Seine, 24 mars 1883. Journal des Soc. 1884, p. 528.

aux distributions de dividendes proposées. Sans doute encore, l'intérêt commun des associés demande que l'administration de la société ne soit pas exposée, à tout instant, aux recherches abusives, capricieuses et peut-être hostiles de tout porteur d'actions. Mais, dit la cour de Cassation, il ne s'ensuit pas que dans des circonstances exceptionnelles, dont l'appréciation leur est abandonnée, les tribunaux ne puissent pas permettre à un ou plusieurs actionnaires, agissant individuellement, de prendre communication, au siège social, des livres et des valeurs de la société, afin de s'assurer de l'importance des pertes subies et de la manière dont le gérant et les membres du conseil de surveillance (ici les administrateurs et les commissaires) ont accompli leur mandat. L'art. 17 de la loi de 1867 réserve expressément à chaque actionnaire la faculté d'intenter, en son nom personnel, une action en responsabilité, soit contre le gérant (administrateurs), soit contre les membres du conseil de surveillance (commissaires), et cette faculté implique le droit pour lui de vérifier préalablement les documents sur lesquels il peut fonder son action. Et la cour ajoute, que dans le cas où la communication des livres sociaux est reconnue nécessaire, les actionnaires sont autorisés à se faire assister par un comptable, dont les connaissances spéciales peuvent leur être indispensables (1).

Quelle est exactement la portée de l'approbation donnée par l'assemblée générale aux comptes et bilans des administrateurs ? Cette approbation rend-elle impossible dans l'avenir, toute critique des comptes approuvés et de la gestion qui y correspond ? Constitue-t-elle d'une part un droit acquis pour les administrateurs, de telle façon qu'ils ne puissent plus, en aucun cas, être recherchés à raison des fautes qu'ils

(1) Cassation, 3 décemb. 1872, Sirey 1873-1-33.

ont pu commettre, soit dans les comptes eux-mêmes, soit dans l'administration de cette époque ? Constitue-t-elle d'autre part, un droit acquis pour les actionnaires, au point de rendre désormais irrévocables les distributions de dividendes qui leur ont été faites ?

En principe, l'approbation ainsi donnée est définitive et irrévocable. A l'égard des administrateurs on se trouve en présence des relations du mandant envers son mandataire. Quand celui-ci a rendu ses comptes et qu'ils ont été approuvés par le mandant, il s'est formé entr'eux une véritable convention, qu'il faudra respecter, comme faisant désormais la loi des parties (art. 1184. Cod. Civ.) (1).

A l'égard des actionnaires, l'assemblée générale, qui représente la personne morale sociale, est débitrice annuellement d'un dividende qu'elle est appelée à fixer. En approuvant définitivement les comptes et bilans, elle fixe envers eux, conventionnellement, le *montant de sa dette annuelle* et cette convention est définitive, comme toute autre convention.

Mais il ne faut pas oublier que nous sommes en présence d'une réddition de comptes .Or, l'art. 541 du code de Procéd. Civ., reconnaît qu'en pareille matière *le vice d'erreur* permet de revenir même sur les décisions de la justice qui aurait établi ou approuvé tous les éléments du compte. Cet article doit être appliqué, par analogie, aux comptes rendus à à l'amiable. Il vise comme causes en apparence multiples de redressement des comptes, les erreurs, omissions, faux ou double emploi, mais ces différents cas, analysés avec attention, se ramènent tous à l'erreur. Il en résulte donc que si les comptes ainsi approuvés contiennent des erreurs qui aient échappé à l'attention des commissaires, c'est à bon droit,

(1) Paris 30 juin 1883. Dalloz. 1885-2-18 et Chambre des Requêtes, 9 juillet 1888. Dalloz. 1888-1-321.

ainsi que l'a décidé la cour de Paris, que l'assemblée générale peut revenir sur l'approbation donnée par elle aux comptes d'une année antérieure et dans lesquels on a relevé de graves inexactitudes (1). Cette solution est confirmée implicitement par un arrêt de Cassation de 1888, lequel pour attribuer un caractère irrévocable à l'approbation donnée par l'assemblée générale, constate que cette approbation a été donnée « sans réserve et en *connaissance de cause.* » L'arrêt de la cour d'appel avait été plus explicite encore et reconnaissait que les opérations avaient été vérifiées « sur des données exactes et complètes » (2). Dans cette dernière espèce, il y avait eu une reddition de comptes définitive, discutée et approuvée en parfaite connaissance de la situation, il ne pouvait pas être question d'erreur et par suite de redressement des comptes approuvés.

Plus délicate est la question de savoir si la solution que nous venons d'adopter ne doit pas souffrir exception au profit des actionnaires qui ont touché leurs dividendes, en vertu de l'approbation donnée aux comptes par l'assemblée générale. Peut-on, en redressant les inexactitudes contenues dans ces comptes, venir réclamer aux actionnaires les dividendes qu'il ont touchés ? Certes, les principes généraux conduiraient nécessairement à la répétition de ces dividendes, car, comme on l'a maintes fois jugé, cette distribution de dividendes fictifs porte atteinte au capital social et il importe que celui-ci demeure toujours intact. Mais la loi de 1867 a prévu la difficulté et elle l'a résolue dans les art. 10 et 45. Aux termes de ces articles, « aucune répétition de divi- « dendes ne peut être exercée contre les actionnaires, « si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été

(1) Paris 20 janvier 1888, Sirey 1889-2-265.
(2) Dalloz 1888-1-321.

« faite *en l'absence de tout inventaire ou en dehors* « *des résultats constatés par l'inventaire.* » Si l'on s'en tient à la lettre même de la loi, il en résulte que les actionnaires garderont toujours leurs dividendes, alors même que leur mauvaise foi serait évidente et palpable. On n'aura, en effet, jamais la naïveté de faire voter un dividende sans présenter à l'assemblée générale un rudiment d'inventaire et sans faire accuser par cet inventaire des résultats financiers qui autorisent une proposition de dividendes. Et alors, peu importera que tous les actionnaires aient su que l'inventaire était inexact, peu importe même que les fondateurs et les administrateurs, auteurs des inexactitudes, en aient averti l'assemblée générale, on n'est pas dans les termes de la loi, la répétition est impossible.

Il semble difficile d'admettre que les rédacteurs de la loi de 1867 aient eu l'intention de protéger contre la répétition des dividendes fictifs, même les actionnaires de mauvaise foi, même les administrateurs auteurs ou complices des déclarations mensongères qui ont provoqué ces distributions. Et pourtant c'est la solution que consacre aujourd'hui la jurisprudence. Elle s'en tient strictement aux termes de l'art. 10 de la loi de 1867 et n'admet la répétition des dividendes fictifs que si la distribution en a été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire (1). Cette solution peut s'expliquer et se comprendre par une étude attentive de l'esprit et des motifs de l'art. 10. Nous savons que le plus souvent, pour ne pas dire toujours, il faut être porteur d'un certain nombre d'actions pour avoir accès à l'assemblée générale annuelle. A côté de ces actionnaires, formant en nombre une infime minorité, il faut considérer la

(1) Lyon, 11 Juillet 1873 ; Dalloz, 1874-2-209 et Paris 20 Janvier 1888; Dalloz, 1889-2-265.

grande majorité, en nombre, des actionnaires, ceux qui ne sont porteurs que d'une ou quelques actions. C'est à cette foule sans défense et trop souvent sans méfiance que le législateur a pensé en édictant l'art. 10. Elle ne peut entendre le détail de l'inventaire, elle ne peut ni le discuter, ni en apprécier les éléments et elle s'en rapporte aveuglément aux décisions de l'assemblée générale. Les foules, comme le dit M. Boistel, sont toujours quelque peu mineures et toute loi sur les sociétés serait inintelligible, si l'on ne partait pas de cette idée qu'il faut les protéger comme telles. Si maintenant, nous remarquons que l'art. 10 parle des « *actionnaires* » en bloc, qu'il ne distingue pas entre eux, si nous rappelons que l'égalité est la règle fondamentale de tout pacte social, que cette égalité doit s'appliquer aux dividendes perçus, que si les uns peuvent les conserver, tous le peuvent également et que tous doivent les rendre, si quelques uns les rapportent, l'interprétation que la jurisprudence donne à l'art. 10 se comprendra et devra être acceptée. La loi a voulu que cette masse d'actionnaires, qui ont été tenus à l'écart des vérifications de l'assemblée générale, ne put être forcée de faire une restitution qu'elle n'avait pas méritée. Lors même donc que certains actionnaires, qui formeront toujours une infime minorité, seraient de mauvaise foi, tous conserveront néanmoins les dividendes distribués, sauf, bien entendu, les cas expressément prévus par l'art. 10.

Mais le peu d'équité de cette solution se trouve corrigée par l'application d'autres principes absolument certains. Les administrateurs qui ont proposé et fait voter la distribution de dividendes non justifiés, seront passibles des peines édictées contre le délit d'escroquerie (art. 405, cod. pénal). Les commissaires qui ont gardé le silence sur une situation

qu'ils n'ignoraient pas et les actionnaires qui ont voté en parfaite connaissance de cause, se sont rendus complices de ce même délit. De plus, tous doivent la réparation du préjudice qu'ils ont causé (art. 1382 cod. civ. et 44 de la loi de 1867). On pourra leur demander, sous forme de dommages-intérêts, non pas les dividendes qu'ils ont touchés, mais une somme qui peut dépasser et dépassera le plus souvent ces dividendes et qui représentera la réparation exacte du préjudice qu'ils ont causé aux demandeurs. Par cette application des principes généraux, ils n'échapperont donc pas aux conséquences de leur fraude ; ils seront même plus sérieusement atteints que par une simple restitution des dividendes qu'ils ont touchés.

CHAPITRE II

APPROBATION DE LA TRANSFORMATION DES TITRES NOMINATIFS EN TITRES AU PORTEUR

La loi de 1867, dans son art. 3, disposait que : « *il peut être stipulé, mais seulement par les statuts* « *constitutifs de la société, que les actions ou cou-* « *pons d'actionspourront, après avoir été libérés de* « *moitié, être convertis en actions au porteur par* « *délibération de l'assemblée générale.* »

La loi toute récente du 1er août 1893 est venue réaliser sur ce point spécial une réforme réclamée depuis longtemps et que le Sénat avait formulée dans son projet de loi de 1884. L'art. 3 de la loi de 1867 se trouve désormais ainsi conçu : « *Les actions sont* « *nominatives jusqu'à leur entière libération.* Les « actions représentant des apports devront toujours « être intégralement libérées au moment de la consti- « tution de la société.

« Ces actions ne peuvent être détachées de la souche « et ne sont négociables que deux ans après la consti- « tution définitive de la société.

« Pendant ce temps, elles devront, à la diligence des « administrateurs, être frappées d'un timbre indiquant « leur nature et la date de cette constitution. »

Il résulte des dispositions de la loi nouvelle que la cession des actions continue d'être possible avant leur libération complète, mais que jusque là, ces actions resteront nominatives et que, par suite, leur cession ne pourra s'effectuer qu'en observant les lenteurs et les embarras des formalités de transfert. Le législateur de 1893 a voulu, dans la mesure du possible, assurer d'une manière efficace la réalisation du capital social. La forme nominative qu'il impose désormais aux actions jusqu'à leur entière libération, est de nature, par la fixité des renseignements et les difficultés de cession, à assurer bien mieux que la forme au porteur, le versement des sommes dont la société peut avoir besoin.

Mais la loi de 1893 n'envisage que les sociétés postérieures à sa promulgation, les sociétés antérieures à cette date continuent à être régies par les seules dispositions de la loi de 1867. C'est ce que la loi nouvelle indique dans son art. 7 : « *Pour les sociétés « par actions en commandite ou anonymes déjà exis- « tantes, sans distinction entre celles antérieures à la « loi du 24 juillet 1867 et celles postérieures, il n'est « pas dérogé à la faculté qu'elles peuvent avoir de con- « vertir leurs actions en titres au porteur avant « libération intégrale...* »

L'art. 3 de la loi de 1867 continue donc à régir les sociétés anonymes antérieures à la promulgation de la loi du 1er août 1893. Or, il résulte des dispositions de cet article que trois conditions sont exigées pour que la conversion des actions nominatives en actions au porteur soit possible, avant leur libération complète. Il faut : 1° Qu'une clause formelle des statuts

constitutifs réserve à l'assemblée générale la faculté d'autoriser la conversion.

2° Que toutes les actions aient été libérées de moitié.

3° Que l'assemblée générale des actionnaires autorise la conversion.

Il est donc nécessaire que l'assemblée générale use des pouvoirs que les statuts lui ont conférés et autorise la conversion. Cette intervention obligatoire peut être très utile. L'assemblée générale doit rechercher si les statuts contiennent une clause formelle à ce sujet et si toutes les actions ont été réellement libérées de moitié. Elle examinera aussi si l'état des affaires de la société permet d'autoriser la conversion, alors que celle-ci aura pour effet de libérer, sous certaines conditions, les souscripteurs et cessionnaires et par suite de rendre moins probable la réalisation du capital. Malheureusement, en fait, ces vérifications se font à la légère et il est bien rare qu'une assemblée générale refuse l'autorisation qu'on lui demande.

La délibération de l'assemblée générale doit être postérieure au versement général de moitié de toutes les actions. Alors seulement, elle sera en mesure d'apprécier si le capital déjà versé donne à la société une situation assez solide pour qu'elle puisse, sans inconvénient, exposer l'autre moitié aux risques de la forme au porteur. En conséquence, la délibération serait irrégulière si l'assemblée autorisait la conversion pour l'époque à laquelle, dans l'avenir, les actions seraient toutes libérées de moitié (1). Elle serait aussi irrégulière dans le cas même où l'assemblée autoriserait la conversion seulement de celles des actions qui sont libérées de moitié. Sinon, dans cette situation, les tiers ne sauraient pas s'ils sont en présence d'une société solide, en possession d'un actif sérieux, ou

(1) Cassation 21 Juillet 1879. Dalloz, 1879. 1. 321.

d'une société qui ne compte que quelques sociétaires empressés de payer la moitié de leur dette, pour se décharger du surplus (1). Mais il n'y a aucune difficulté à décider que les actions *entièrement* libérées pourront être mises au porteur, bien que, parmi les autres actions, il en est qui ne soient pas encore libérées de moitié. L'art. 3 de la loi de 1867 fait une faveur aux actions qui ne sont pas entièrement libérées, en autorisant leur conversion en titres au porteur, mais il exige que *toutes* soient alors libérées de moitié. La conversion de titres entièrement libérés va de soi, indépendamment de toute disposition spéciale, elle ne peut nuire à personne, puisque les titulaires de ces actions ne doivent plus rien (2). Cette solution a une grande importance pratique, parce que il y a très fréquemment des actions d'apports entièrement libérées qui ont été remises aux apporteurs en nature, alors qu'il n'était fait qu'un versement du quart sur les actions correspondant à des apports en espèces (la loi de 1893 exige que les actions d'apport soient entièrement libérées).

Si l'assemblée générale repousse la proposition de conversion qui lui est faite, les actions demeurent nominatives jusqu'à leur entière libération et les souscripteurs, cessionnaires et détenteurs actuels des titres, restent tenus jusqu'au versement complet.

Mais, si l'assemblée générale autorise l'offre de conversion qui lui est soumise, il se produit aussitôt deux effets importants : 1° Les actionnaires ont la faculté de convertir leurs actions nominatives en actions au porteur. Ils n'y sont pas obligés, ils peuvent avoir avantage à conserver la forme nominative et, par suite, il pourra y avoir pour la même société, des titres au porteur et des titres nominatifs. 2° A la suite

(1) Cassation 21 Juillet 1879. Dalloz, 1879. 1. 321.
(2) Paris, 30 Janvier 1882. Sirey, 1888. 2. 41.

du vote de conversion une atténuation notable et toujours la même est apportée à l'obligation de compléter les versements. La loi de 1893 a donné sur ce point spécial des solutions nouvelles. Après avoir décidé qu'à l'avenir les actions seront nominatives jusqu'à leur entière libération, elle ajoute :

« Les titulaires, les cessionnaires intermédiaires et « les souscripteurs sont tenus solidairement du mon- « tant de l'action.

« Tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre, cesse, deux ans après la cession, d'être responsable des versements non encore appelés. »

Et plus loin :

« Quant aux actions nominatives des mêmes sociétés (celles antérieures à 1893), les deux ans après lesquels tout souscripteur ou actionnaire qui a cédé son titre, cesse d'être responsable des versements non appelés, ne courront à l'égard des créanciers antérieurs à la présente loi, qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi, et sauf application de l'art. 2257 du Code Civil pour les créances conditionnelles ou à terme et les actions en garantie ».

Droit comparé. — Les législations étrangéres peuvent, sur la question qui nous occupe, se diviser en deux classes. Les unes (*Allemagne, Italie, Roumanie, Pays-Bas, Belgique, Portugal, Angleterre*) exigent que les actions demeurent nominatives jusqu'à leur complète libération. Les autres (*Autriche, Hongrie, Suisse, Espagne*) admettent, avec des variantes, que les actions non entièrement libérées pourront être transformées en titres au porteur, soit de plein droit, soit en vertu d'une clause des statuts. On peut, du reste, constater que toutes les lois ont une tendance de plus en plus marquée à adopter le premier système, qui assure mieux la réalisation du capital social.

Quant à la libération des actionnaires qui font la cession de leurs titres, elle est réglée différemment suivant les pays. En *Allemagne* le porteur actuel du titre, et à son défaut, les actionnaires antérieurs, répondent des sommes qui peuvent être dues. Mais, en revanche, tout actionnaire est libéré deux ans après la date du transfert qui se rattache à la cession qu'il a faite. Le Code *Italien* établit également l'obligation des souscripteurs, des cessionnaires intermédiaires et des titulaires actuels. Ces différentes personnes ne sont libérées que par la prescription de cinq ans, qui court, en principe, du jour où les versements sont exigibles. En *Angleterre*, lorsque la liquidation de la société survient, ceux qui ont cessé d'être actionnaires depuis un an au moins, ne peuvent plus être atteints. Ceux même qui ont fait cession de leur titres depuis moins d'un an, ne sont pas tenus de faire des versements pour le paiement des dettes postérieures à la cession qu'ils ont faite. Les autres législations ont des dispositions analogues.

CHAPITRE III

NOMINATION DES ADMINISTRATEURS

Nous avons vu (Titre I, chapitre III) que les premiers administrateurs de la société étaient nommés par l'assemblée générale, s'ils n'étaient désignés par les statuts. Dans la suite, c'est l'assemblée ordinaire annuelle qui a le devoir de les choisir. Cependant, afin de ne pas arrêter le fonctionnement de la société, il est stipulé d'ordinaire, qu'en cas de vacance dans le conseil d'administration par décès, démission ou autre cause, le conseil d'administration pourra choisir des remplaçants, sauf à l'assemblée générale à procéder à un choix définitif, lors de sa première réunion. Cette stipulation n'est pas contraire au droit de l'assemblée générale, puisque le vote des actionnaires

se trouve ainsi réservé. Mais la clause qui conférerait aux administrateurs un droit de nomination définitif, serait au contraire illégale, comme entachée d'abus de pouvoir, elle ne lierait pas les actionnaires qui pourront procéder à de nouvelles nominations.

Les administrateurs sont toujours rééligibles à l'expiration de leurs fonctions, sauf clause contraire des statuts. Cette clause sera rare, car il importe à la prospérité de la société qu'elle ne puisse être privée du concours d'hommes capables et expérimentés. On peut même, pour écarter tout à fait le danger d'un changement trop brusque, stipuler, dans les statuts, que les administrateurs seront renouvelés par moitié, par tiers, par quart, à certaines époques.

Les administrateurs, étant à l'égard des actionnaires, dans la situation de simples mandataires, sont révocables *ad nutum*. Ce pouvoir de révocation est conféré à l'assemblée générale et il s'exerce aussi bien lorsque les administrateurs ont été désignés par les statuts que lorsqu'ils ont été choisis par les actionnaires (1). On a écarté pour la société anonyme la règle de l'art. 1856 du Cod. Civ. qui dispose que dans une société, l'associé chargé de l'administration par une clause des statuts, ne saurait être révoqué sans cause légitime, tant que la société dure. La raison de cette différence entre l'administrateur statutaire des sociétés civiles et l'administrateur statutaires des sociétés anonymes vient de ce que le premier n'est pas comme le second un mandataire pur et simple. Pour la société anonyme, le législateur a pensé avec raison que, comme le personnel des actionnaires change continuellement, il importe que les actionnaires aient toujours le droit de révoquer des administrateurs que, peut-être, ils n'ont pas nommés, ou en qui ils ont cessé d'avoir confiance.

(1) Cassation, 25 Mai 1868. Dalloz, 1868-1-441

Les actionnaires pourraient-ils renoncer pour un temps précis au droit de révoquer les administrateurs de la société? Non, a formellement répondu la cour de Cassation, le droit de révocation est absolu et ne comporte ni exception, ni dérogation (1). L'inobservation de ce principe entraînerait la nullité de la société par application de l'art. 41 de la loi de 1867. On comprend cette rigueur de la loi quand on considère que des administrateurs irrévocables de sociétés anonymes jouiraient d'un privilège propre aux gérants de sociétés en commandite, sans encourir la responsabilité indéfinie qui pèse sur ces derniers.

Les administrateurs révoqués ne pourraient pas réclamer une indemnité à raison du préjudice que la révocation leur cause, puisque les actionnaires n'ont fait qu'user d'un droit inhérent à la nature du contrat intervenu entre eux et leur mandataire. La jurisprudence va même jusqu'à déclarer nulle et inexécutoire la clause des statuts d'une société anonyme qui allouerait une indemnité aux administrateurs révoqués de leurs fonctions (2).

Les conclusions sévères que la jurisprudence tire de la révocabilité essentielle du mandat devraient, selon nous, souffrir exception lorsqu'il s'agit de l'*administrateur délégué* d'une société anonyme. Sans doute, comme administrateur nommé par l'assemblée générale, il est, comme les autres membres du conseil, révocable *ad nutum* par la même assemblée et il n'aurait droit à aucune indemnité dans le cas de révocation. Mais, en tant que délégué du conseil d'administration pour la gestion des affaires sociales, n'est-il pas soumis aux règles du louage de services autant qu'à celles du mandat? Et alors, n'est-il pas juste et juridique, dans le cas de rupture de ses

(1) Cassation 30 avril 1878; Dalloz, 1878-1-314.
(2) Paris, 17 Mars 1893; Rev. des soc. 1893 p. 385.

engagements, de lui accorder une indemnité suffisante? Cette solution ne s'impose-t-elle pas aujourd'hui surtout, alors que la loi du 27 décembre 1890 admet le principe des dommages-intérêts en cas de rupture du contrat de louage de services et frappe de nullité toute clause de renonciation, comme injuste et léonine! Une pareille solution serait d'ailleurs aussi juste que rationnelle: que des administrateurs soient révoqués, peu importe, ils n'y perdront que des jetons de présence, mais l'administrateur délégué, lui, y perdra sa position, le labeur de longues années, employées d'abord à acquérir l'expérience nécessaire, puis à enrichir le portefeuille de la société qui lui a confié ses destinées. Si celle-ci vient, en un jour de caprice, à lui retirer ses fonctions, n'est-elle pas coupable, comme le disent certains arrêts, de chercher à s'approprier le bien d'autrui? (1)

Cette solution s'impose à fortiori lorsqu'il s'agit d'un directeur technique; ce dernier qui n'est, en somme, qu'un employé supérieur, ne saurait être congédié sans indemnité (Cour de Paris 19 Juillet 1893).

La révocation des administrateurs ne saurait être considérée comme une modification des statuts, puisque, loin de constituer une dérogation aux statuts, elle constitue l'exercice d'un droit que ceux-ci ont réservé. Il faut en induire que l'assemblée qui doit se prononcer sur les cas de révocation, n'est pas une assemblée extraordinaire, soumise aux conditions de l'art. 31 de la loi de 1867 (2).

Si les administrateurs sont révocables *ad nutum*, ils ne peuvent, au contraire, démissionner que dans

(1) Cassation 8 avril 1857 et 8 février 1829; Dalloz, 1858-1-57. Comparez: Dalloz 1864-1-372 et 1865-1-40 — Aix, 6 mars 1876, annuaire Lehir 1877, p. 205—Paris, 19 juillet 1892, rev. des soc. 1892, p. 501 — Contrà, Paris 12 avril 1892 et 17 mars 1893, rev. des soc. 1892, p. 453; 1893, p. 385.

(2) Cassation, 26 août 1868; Dalloz, 1868-1-441.

les termes de l'art. 2007 du Cod. Civ. Ils devront donc notifier leur renonciation à la société et si leur départ cause à celle-ci un préjudice, ils sont tenus de payer des dommages-intérêts, à moins qu'ils ne puissent continuer leur mandat, sans en éprouver un préjudice considérable. Cette excuse sera difficilement admise si les administrateurs sont salariés.

Droit comparé. — Les législations étrangères ont des règles analogues à celles que nous venons d'étudier sur le choix, la nomination et la révocation des administrateurs. Notons que le code *Hongrois* réserve aux administrateurs révoqués le droit à une indemnité.

TITRE IV

DES ASSEMBLÉES EXTRAORDINAIRES

L'assemblée générale extraordinaire des actionnaires est celle qui a pour mission de délibérer sur les mesures importantes à prendre dans l'intérêt de la société, par exemple sur la dissolution ou la prorogation de la société et surtout sur la modification à apporter aux statuts sociaux.

Cette dernière mission, elle la tient des statuts eux-mêmes, qui, le plus souvent, lui confient, en termes généraux, le pouvoir d'apporter aux statuts les modifications dont l'expérience aura démontré l'utilité. Mais il peut arriver, ou que les statuts soient muets sur cette question des pouvoirs de modification de l'assemblée extraordinaire, ou qu'ils ne se montrent pas suffisamment explicites et ne visent expressément que quelques cas limités. De là des difficultés extrêmement délicates et qu'il nous faut étudier.

Nous classerons les explications que nous nous proposons de fournir sur les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire sous les chefs suivants :

CHAPITRE I. — *L'assemblée extraordinaire, remplissant les conditions de l'art. 31 de la loi de 1867, a-t-elle de plein droit et dans le silence des statuts, la faculté de modifier le contrat de société ?*

CHAPITRE II. — *Au cas où cette faculté lui est reconnue (à fortiori si les statuts le disent expressément), dans quelle mesure ce pouvoir de modification des statuts peut-il s'exercer ?*

CHAPITRE I

L'ASSEMBLÉE EXTRAORDINAIRE, REMPLISSANT LES CONDITIONS DE L'ART. 31 DE LA LOI DE 1867, A-T-ELLE, DE PLEIN DROIT ET DANS LE SILENCE DES STATUTS, LA FACULTÉ DE MODIFIER LE CONTRAT DE SOCIÉTÉ ?

Nous avons vu (Titre I) ce qu'il fallait entendre par assemblées extraordinaires, qu'elle en était la composition et le mode de votation (1). La loi de 1867 ne lui consacre qu'un seul article, l'art. 31, qui s'exprime ainsi : « Les assemblées qui ont à délibérer sur des modifications des statuts ou sur des propositions de continuation de la société au delà du terme fixé pour sa durée, ou de dissolution avant ce terme, ne sont régulièrement constituées et *ne délibèrent valablement qu'autant qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires représentant la moitié du capital social.* »

Autour de cet art. 31, deux opinions contraires se sont fait jour dans la doctrine et la jurisprudence, relativement aux pouvoirs qu'il convient d'accorder à l'assemblée ainsi composée. Faut-il exiger la présence d'une clause des statuts donnant à l'assemblée le pouvoir de modification dont il s'agit et en délimitant expressement l'application ? Peut-on dire au contraire, que la simple majorité de l'assemblée jouit de cette faculté de modification, alors que les statuts sont restés muets sur la question ? Grave et

(1) Il faut considérer comme une *assemblée extraordinaire spéciale* l'assemblée convoquée conformément aux prescriptions de l'art. 37 de la loi de 1867. En cas de perte des trois quarts du capital social, les administrateurs sont tenus de réunir l'assemblée générale de *tous* les actionnaires, à l'effet de décider s'il y a lieu de prononcer la dissolution de la société. A défaut des administrateurs, la convocation de cette assemblée générale pourrait être faite par les commissaires de surveillance. Si les administrateurs et les commissaires négligent de convoquer l'assemblée ou si celle-ci ne peut se constituer régulièrement, tout associé peut, en cas de perte des trois quarts du capital social, demander la dissolution devant les tribunaux (art. 37, L. 1867). Ceux-ci doivent alors examiner si la société peut continuer ses opérations sans danger ou s'il convient au contraire de mettre un terme à une situation trop compromise.

importante discussion que la Cour de Cassation n'a examinée qu'en 1892.

Avant cette date, l'opinion la plus libérale considérait les statuts comme renfermant implicitement le pouvoir pour l'assemblée de les modifier (1). L'art. 31, disait-on, statue de la même manière pour toutes les sociétés anonymes, sans distinction entre le cas où le rédacteur des statuts aurait pris la précaution de placer par une clause formelle le droit de modification dans les attributions de l'assemblée et celui où il aurait omis de le faire. *Dans les deux cas, il exige le concours à cette assemblée de la moitié du capital social, mais il n'exige rien de plus.* L'unanimité des actionnaires n'est donc jamais nécessaire. Le législateur s'est rendu parfaitement compte qu'une adhésion unanime des détenteurs de titres serait le plus souvent chimérique et il n'a pas voulu que l'avenir de la société put ainsi dépendre du véto d'un seul actionnaire. C'est donc par nécessité pratique que le législateur supplée à l'insertion de la clause de modification et la suppose écrite.

Les adversaires de cette solution étaient en apparence plus nombreux (2). Ils soutenaient qu'on donnait de l'art. 31 une fausse interprétation. Ce texte, disaient-ils, fixe un *quorum* au dessus duquel les statuts ne sauraient descendre. Mais il est rédigé dans l'hypothèse où l'acte de société aurait conféré à l'assemblée la faculté de modification, il n'a nullement pour but de lui donner ce pouvoir. Son application suppose donc, avant tout, une clause des statuts dérogeant à la nécessité de réunir l'unanimité des actionnaires et, dans ce cas alors, les statuts sont obligés de respecter le *quorum* demandé par l'art. 31, qui est une garantie nécessaire à laquelle on ne pour-

(1) Dalloz, 1882-2-143. — Loi Belge 1873 (art. 59). Loi Allemande de 1884 (art. 180 et 215). Code Italien de 1883 (art. 158.)

(2) Lyon-Caen et Renault ; Laurin ; Vavasseur ; Boistel, etc., etc.

rait déroger. Mais en présence du silence des statuts, aucune modification ne pourrait avoir lieu que du consentement unanime des actionnaires, parce qu'il est de règle que les conventions librement arrêtées entre les parties, ne puissent pas être résolues ou changées sans le consentement mutuel de tous ceux qui y ont pris part (art. 1134 Cod. Civ.).

De ces deux doctrines opposées, c'est la première que la Cour de Cassation vient de consacrer (1), et l'arrêt qu'elle a rendu peut se résumer en ces mots : *il appartient, dans une société anonyme, à l'assemblée générale extrordinaire, réunissant la moitié du capital social, de délibérer souverainement sur les modifications des statuts.*

C'est également cette manière de voir que nous adoptons, sans hésitation. Elle est, croyons-nous, non seulement heureuse au point vue pratique, mais aussi excellente au point de vue doctrinal et de nature à donner aux textes de la loi leur véritable portée. Nous allons essayer par un double raisonnement d'expliquer et de justifier l'opinion que nous venons de formuler.

a). Nous disons d'abord que cette manière de voir est excellente au point de vue doctrinal. En effet, comme le dit si bien M. Thaller, dans une remarquable annotation de l'arrêt de Cassation précité, « la « personnalité des sociétés peut et doit être envisagée « sous deux aspects, et l'un d'eux, le second, est peut « être trop négligé d'ordinaire. Doctrine et jurispru- « dence s'entendent pour reconnaître la personnalité « juridique à toutes les sociétés de commerce. Cela « n'est pas exact à tous égards. Il y a lieu d'examiner « à part ce qu'on pourrait appeler la personnalité *exté-* « *rieure* et la personnalité *interne*, classification que

(1) Cassation 30 Mai 1892. Dalloz 1893. 1. 105 et la note et Sirey 1892. 1. 561 et la note.

« le commentaire s'abstient bien à tort de faire et qui « pourtant répond à une perception fort juste de l'orga- « nisme des diverses formes de sociétés.

« La personnalité *extérieure* est celle qui procure « les attributs d'une vie propre et d'une capacité com- « plète à la collectivité traitant avec le dehors, avec ses « correspondants de toute nature. C'est la seule dont la « science du droit se soit préoccupée sérieusement jus- « qu'ici. Il est certain que la personnalité dont il est ici « parlé oppose le groupe social non pas aux associés, « mais aux tiers qui traitent avec lui et investit ce « groupe d'une existence juridique séparée. Droit de « préférence des créanciers sociaux, faculté pour la « société d'ester en justice, déclaration de faillite possi- « ble de la société... tout cela concerne exclusivement « les rapports de l'établissement avec ses clients et « correspondants.

« La personnalité *interne* a un cercle différent « d'action. Elle présente un lien très intime avec la « compétence des assemblées générales, puisque la « détermination de cette compétence doit préciser la « mesure dans laquelle le groupe ou la collectivité peut « enchaîner la liberté de l'associé individu. L'antithèse « s'établit donc ici entre la société et chacun de ses « membres respectivement..... il s'agit de relations « sociales garanties par l'action *pro socio*. »

Il y a, à ce sujet, une différence incontestable qu'il faut signaler entre les sociétés de personnes et les sociétés par actions. Dans les sociétés de personnes, il ne saurait être question de majorité ou de minorité, parce qu'il est impossible d'y trouver la trace d'un être collectif, d'un pouvoir délibérant. Les associés ne sont point absorbés par la personnalité collective de la société, ils demeurent distincts, représentant une partie déterminée dans ce tout qui s'appelle la société, unis seulement par l'approbation qu'ils ont donnée aux conventions sociales.

Tout autre est la situation des sociétés par actions. Le grand nombre des intéressés, leur extrême mobilité, la perspective pour la société de durer plusieurs générations, tout s'oppose à ce qu'on considère personnellement et primitivemnnt les actionnaires qui passent pour ne se préoccuper que de l'entreprise sociale elle-même, indépendante de tous les éléments individuels qui la composent. C'est pour répondre à cette manière de voir que les procès en nullité, pour réussir contre tous les actionnaires, ne demandent que la mise en cause des représentants légaux de la société ; c'est pour le même motif que ces derniers agissent au nom et pour le compte de la masse des actionnaires pour faire l'appel des sommes non versées sur les actions souscrites, etc.,etc.

On conçoit dès lors quel est le véritable caractère de l'assemblée générale. Elle constitue au regard des actionnaires, pris séparément, le pouvoir délibérant de la collectivité et ses décisions représenteront la volonté supérieure de la société. Dès lors, demander à une telle assemblée l'unanimité de ses membres c'est véritablement incompréhensible. « Autant vaudrait, « dit M. Thaller, exiger qu'une loi ne fut votée par la « Chambre des députés ou par le Sénat, une mesure « quelconque par un conseil municipal que moyennant « le suffrage unanime et concordant de tous les repré- « sentants du parlement ou de la commune.

b). *Nous avons dit également que cette manière de voir était de nature à donner aux textes de la loi de 1867 leur véritable portée.* Il suffit en effet, pour constater que la solution que nous proposons a été implicitement formulée par le législateur de 1867, de rapprocher l'art. 31 autour duquel roule toute la discussion des articles qui le précèdent et de la loi du 23 mai 1863 sur la société à responsabilité limitée, dont les dispositions sur les sociétés anonymes ont été reproduites, en grande partie, par la loi de 1867.

Les art. 13 et 14 de la loi de 1863 ont servi à la rédaction des art. 28 à 31 de la loi de 1867 et leur disposition a été presque reproduite textuellemeut. « Dans « *toutes* les assemblée générales, y est-il dit, les délibé« rations sont prises à la majorité des voix. » La disposition est aussi claire que formelle, la majorité prévaut donc dans *toutes* les assemblées ordinaires ou extraordinaires ; « les assemblées générales *doivent* être com« posées d'un nombre d'actionnaires représentant le « quart du capital social. Si l'assemblée générale ne « réunit pas ce nombre, une nouvelle assemblée est « convoquée et elle *délibère valablement* quelle que « soit la portion du capital représentée par les action« naires présents. *Mais*, les assemblées qui délibèrent « sur l'objet indiqué dans l'art. 5 (vérification d'apport), « sur la nomination des premiers administrateurs dans « le cas prévu par l'art. 6, *sur les modifications aux « statuts*, sur des propositions de continuation de la « société au-delà du terme, ne sont régulièrement « constituées et ne délibèrent valablement qu'autant « qu'elles sont composées d'un nombre d'actionnaires « représentant la *moitié* au moins du capital social... »

« Tout cela veut dire, écrit M. Thaller, où les mots » ont perdu leur sens courant : 1° que l'assemblée gé« nérale, même lorsqu'elle modifie les statuts n'a « pas besoin de l'unanimité des suffrages.

« 2° Que la loi croit devoir établir un *quorum* néces« saire de présence qui forme une limite *minima* régu« lièrement obligatoire.

« 3° Que le *quorum* est du quart du capital pour les « assemblées annuelles, et ordinairement disparaît « pour une seconde réunion, faute par la première « d'avoir atteint le chiffre de présence réglementaire, « car il faut bien, coûte que coûte, statuer sur les « comptes.

« 4° Que le *quorum* est de la moitié du capital pour

« les assemblées modificatives des statuts et qu'ici « l'absence du nombre voulu n'autoriserait pas une « réunion subséquente avec un chiffre d'actions infé- « rieur. »

CHAPITRE II

AU CAS OU CETTE FACULTÉ LUI EST RECONNUE, *à fortiori* SI LES STATUTS LE DISENT EXPRESSÉMENT, DANS QUELLE MESURE CE POUVOIR DE MODIFICATION DES STATUTS PEUT-IL S'EXERCER?

Quel est le sens de ces mots : Droit de modification des statuts, et quelle est la portée des pouvoirs qu'ils confèrent aux assemblées générales ? Faut-il prendre à la lettre les termes généraux de l'art. 31 de la loi de 1867 et admettre qu'une majorité d'actionnaires peut au moyen d'un ensemble combiné de modifications, transformer le contrat originaire en un contrat nouveau que la minorité sera obligée de subir ? ou bien y a-t-il une limite nécessaire aux droits de cette majorité et qu'elle est alors cette limite ?

A cet égard, il faut d'abord se préoccuper des statuts. Lorsque les délibérations des assemblées générales régulièrement constituées, portent sur des objets prévus par les statuts, elles sont obligatoires pour la minorité. Les assemblées générales peuvent, en effet, recevoir des statuts des pouvoirs plus au moins étendus. Les contractants ont été libres de leur donner ces pouvoirs et la résolution qui sera votée conformément aux pouvoirs ainsi conférés fera désormais la loi des parties.

Mais supposons ou que les statuts sont restés muets sur les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire, ou que les délibérations portent sur des objets qui n'ont pas été prévus par les statuts, quelle est alors la limite des pouvoirs de modification qu'il faut reconnaître aux assemblées extraordinaires?

On s'accorde généralement pour déclarer que ces assemblées ne sont pas omnipotentes, qu'elles sont

sans pouvoirs contre le contrat social et qu'elles doivent le respecter, sous peine de périr elles-mêmes, si bien que la doctrine générale et la jurisprudence donnent sur ce point la solution suivante : *le pouvoir de modifier peut s'exercer sur toutes les parties des statuts qui ne touchent pas essentiellement au contrat ; les parties essentielles de l'acte social doivent être respectées.*

Cette solution ne met fin à une difficulté que pour en faire naître d'autres, car la démarcation des faits de pure modification d'avec ceux qui auraient une portée plus ample et échapperaient, à ce titre, aux pouvoirs de l'assemblée est difficile à préciser. Si pourtant, l'on rattache la faculté de modifier les statuts à l'idée à la personnalité morale de la société, on pourra dire, avec M. Thaller, qu'il faut considérer comme modification permise : le fait par la société d'apporter, *tout en restant elle-même*, tel amendement qu'elle voudra à ses conditions de marche. Outillée à l'instar d'un individu, la compagnie fait dans son autonomie ce que l'individu pourrait accomplir à sa place. Tout établissement de commerce ou d'industrie fonctionne d'après certains facteurs d'exploitation : capital, personnel de direction, etc.... Tous ces éléments forment les auxiliaires de la personne qui domine l'entreprise, qu'elle soit individuelle ou collective, et les remaniements qu'on leur fait subir, au milieu de l'exploitation, altèreront seulement le mode d'action d'une maison restée d'ailleurs semblable à elle-même.

Guidée par ces principes, la jurisprudence actuelle s'est efforcée de ranger en deux séries distinctes les modifications possibles et permises et les modifications prohibées. Nous verrons que quelque nets que puissent paraître les points ainsi visés par les arrêts d'appel et de cassation, on se heurte souvent à des discussions périlleuses et à des doutes profonds.

1° On s'accorde généralement à décider que l'assemblée extraordinaire, délibérant dans les termes de l'art. 31, pourra :

A) *Modifier le nombre et les attributions des administrateurs et des commissaires.*

B) *Changer l'époque de la clôture des livres et de l'échéance annuelle des coupons et modifier le régime des fonds de réserve.*

C) *Déplacer le siège social.*

D) *Augmenter le capital social.*

E) *Réduire le capital social.*

A) *Modifier le nombre et les attributions des administrateurs et des commissaires.* — L'assemblée pourrait très régulièrement augmenter ou réduire le nombre des administrateurs, leur conférer ou leur enlever le droit de se substituer un directeur étranger. Elle pourrait également changer le chiffre de leurs appointements, les obliger à des réunions plus fréquentes, demander un cautionnement de garantie plus considérable, étendre ou diminuer leurs attributions. Quant aux commissaires de surveillance, l'assemblée pourra prendre valablement, à leur égard, des mesures analogues, à condition toujours de respecter le *minimum* de garanties que la loi a spécifié.

B) *Changer l'époque de la clôture des livres et de l'échéance annuelle des coupons et modifier le régime des fonds de réserve.*

La modification de l'époque de clôture des livres et de l'échéance annuelle des coupons entraînera, par contre coup, un changement dans la date de l'assemblée ordinaire annuelle.

L'assemblée pourra décider la création de nouveaux fonds de réserve, supprimer les anciens ou cesser de les alimenter, sous la seule obligation d'entretenir la réserve légale de l'art. 36. Quand l'accumulation des réserves paraîtra suffisante, on pourra

décider leur versement dans le capital et voter le dédoublement des actions. Mais il serait interdit de mettre en réserve le bénéfice intégral, constaté par l'inventaire (1), car les actionnaires ont reçu, dès l'origine, la promesse implicite que leurs titres auraient leur rendement périodique, si les inventaires qui leur sont soumis ont constaté l'existence de bonis. C'est là, pour eux, un droit acquis, auquel il ne saurait être dérogé, sans leur consentement exprès.

C) *Déplacer le siège social.* — Une seule condition est exigée, c'est que le déplacement ait lieu sans fraude. La société est dans ce cas semblable à un industriel qui peut déplacer son centre d'affaires, sans que pour cela son ancienne maison se transforme en une nouvelle.

D) *Augmenter le capital social.* — L'augmentation du capital social pourra se réaliser soit par la crèation de nouvelles actions, ce qui constitue le procédé le plus simple et le plus usuel, soit par l'annexion d'une autre affaire, pour laquelle on créera des actions d'apport supplémentaires (2). Mais nous ne pensons pas que la majorité de l'assemblée pourrait décider que le montant de chaque action sera doublé ou triplé, de telle façon que, pour chacune de leurs actions, les actionnaires auront à fournir une somme double ou triple de celle qui avait été fixée par les statuts. Les actionnaires récalcitrants se verraient, dans ce cas, obligés de vendre, à leurs risques, les actions qu'ils possèdent; or, ils ont un droit acquis, par le fait même de leur souscription, à limiter leur responsabilité au montant nominal des actions qu'ils ont souscrites.

Nous verrons plus loin (appendice) les formalités

(1) Rouen 8 août 1868; Dalloz, 1869-2-211.
(2) Dalloz 1885-2-14 et 184.

nécessaires à la validité de cette transformation de la société par l'augmentation du capital et nous examinerons alors s'il y a, comme on le soutient, création d'une société nouvelle.

Si l'on admet la possibilité d'accroître le capital social, peut-on accorder à la majorité le droit d'émettre des *actions de priorité ?* Pour éclairer la discussion, nous prendrons une espèce que la jurisprudence a solutionnée en 1875 (1). Il s'agissait du Crédit Mobilier, dont les statuts avaient été rédigés en 1871. Le 2 mars 1875, une assemblée extraordinaire s'était réunie et elle avait voté les modifications suivantes : Le capital social est porté de 80 millions à 160 millions, représentés désormais par 320.000 actions de 500 francs. Quant aux bénéfices, il seront répartis comme suit : d'abord un vingtième pour le fonds de réserve, puis distribution de 6 p. 0/0 au nouveau capital, aux nouvelles actions émises, et après ce prélèvement, distribution subsidiaire de 5 p. 0/0 aux anciens actionnaires, à l'ancien capital. Enfin, s'il reste quelque chose après ces prélèvements, on en fera un partage, égal cette fois, entre tous les actionnaires et proportionnellement aux actions qu'ils possèdent. Il est donc convenu que le nouveau capital est rétribué avant l'ancien et que même celui-ci ne touchera rien si la rétribution du nouveau capital a épuisé les bénéfices. Le prélèvement qu'il fallait ainsi opérer aux dépens des anciens actionnaires, n'était pas moindre que 4.800,000 francs.

Une pareille délibération est-elle valablement prise par l'assemblée extraordinaire ? Doit-on y voir une simple modification des statuts ou bien une atteinte à une des bases essentielles de la société ? Nous ne croyons pas, tout d'abord, qu'il faille y voir une clause léonine qui vicie et annule le contrat tout entier.

(1) Sirey, 1876-2-112.

Mais cette création d'actions de priorité n'est-elle pas contraire aux exigences de l'art. 35 du code de commerce, qui déclare que « le capital de la société anonyme se divise en actions et même en coupons d'actions d'*une valeur égale* » ?

On est aujourd'hui d'accord pour admettre que l'art. 34 signifie simplement que la division la plus naturelle de tout capital social est la division en actions égales et qu'alors même que les statuts ont créé des actions d'inégale valeur, il faudra, pour la répartition des bénéfices et l'exercice des droits dévolus aux actionnaires, réduire ces actions à ce qu'on appelle en arithmétique, un même dénominateur. Ainsi entendu l'art. 34 s'oppose-t-il à la création des actions de priorité ? Nullement. L'art. 34 dit seulement : égalité en chiffres, égalité en sommes et c'est ce qu'on avait observé dans l'espèce que nous avons rapportée et dans laquelle les actions de priorité étaient des actions de 500 fr. de même chiffre et de même valeur que les actions anciennes. Il faut même aller plus loin et reconnaître que cet art. 34 est dépourvu de sanction légale, qu'on pourrait y déroger et que souvent même les circonstances obligent à y faire échec, comme au cas d'actions de jouissance ou d'émissions élevant au-dessus de 200.000 francs un capital primitivement inférieur à ce chiffre.

Nous écartons donc du débat l'art. 34 du Code de Commerce, qui ne saurait trancher la question que nous nous sommes posée. Mais, dit-on alors, la véritable raison qui s'oppose à la création d'actions de priorité, c'est que ce vote serait une atteinte profonde à un des éléments essentiels de l'acte de société : l'égalité de tous les actionnaires devant le dividende, et l'on invoque pour donner une base juridique à cette prétention, les termes des articles 1832, 1853, 1854 et 1855 du Code Civil. Nous sommes imparfaite-

ment convaincus de la légalité d'un pareil système et nous pensons qne la création d'actions de priorité ne constituerait, en aucune sorte, une atteinte aux bases essentielles de la société. Comme nous l'avons exprimé à plusieurs reprises, la société anonyme est comparable, par sa personnalité, à un commerçant considéré comme un individu libre et isolé. Or, celui-ci est appelé à emprunter son argent à des taux d'intérêts divers, suivant les époques et les maisons de crédit auxquelles il s'adresse. Une société peut se trouver en telle situation que son avenir soit irrémédiablement compromis si elle n'est pas revivifiée par les voies de l'emprunt public. Or, le plus souvent, si les circonstances sont difficiles, le crédit public ne consentira à alimenter à nouveau la caisse épuisée de la société, que si l'on consent aux nouveaux actionnaires un régime de faveur qu'on n'aura garde de leur refuser. D'ailleurs une société qui émet des obligations par un vote de son assemblée même non extraordinaire, engage bien ses revenus à un groupe de capitalistes, qui auront le pas annuellement sur les actionnaires. On ne voit pas là une contravention à des règles d'intérêt public et général. Pourquoi en trouver une dans la même combinaison transportée sur des actions ?

C'est pour les mêmes motifs que nous admettons, sans hésitation, la validité de la délibération par laquelle la société qui prospère réserverait un premier dividende aux anciens actionnaires et n'admettrait les nouveaux actionnaires au partage des bénéfices que au-delà d'un certain taux.

« Ce qu'il y a de vrai, dit M. Thaller, dans cette « doctrine d'égalité nécessaire, se ramène à ceci : il « n'appartiendrait pas à un groupe de porteurs de pro- « fiter de son influence, pour s'assurer désormais, « dans un vote de modification, un rendement privi-

« ligié par rapport à d'autres actionnaires de même « série. »

« Il ne serait pas impossible de saisir les éléments « d'une pareille manœuvre, dans la préemption des « actions de priorité réservée aux forts actionnaires, « à l'exclusion des petits. On serait alors en pré- « sence d'une atteinte au droit propre de chaque ac- « tionnaire..... on ne peut pas imposer à l'individu « un sacrifice sans compensation, l'acceptation d'un « sort pire que ses pareils. La question s'appréciera en « fait et sous le couvert du principe bien connu, que « la fraude déroge à toutes les règles. »

E) *Diminution du capital social.* — La réduction du capital social soulève une première difficulté qu'il faut écarter de suite. Il est certain que si cette réduction a été régulièrement votée par l'assemblée générale, elle s'impose au respect des tiers comme à celui des associés, mais sera-t-elle également opposable aux créanciers de la société, antérieurs au vote dont il s'agit ? En aucune façon, ces créanciers ont un droit acquis que nulle mesure ne saurait atteindre ; leur gage est représenté par le capital social antérieur à la réduction, c'est sur la foi de cette garantie qu'ils ont accordé à la société le crédit dont elle avait besoin.

Il faut donc dire que la délibération ne vaut qu'à l'égard des créanciers ultérieurs et sous réserve des mesures des publicité à prendre (1). Si les affaires sociales périclitent, les créanciers anciens auront toujours la ressource de reconstituer le capital dans l'état où il était, avant le vote de réduction. Dans le cas spécial où la réduction a eu lieu par voie de libération des actionnaires pour les versements non effectués, ces créanciers auront le droit de réclamer aux actionnaires la complète libération de leurs actions, en fai-

(1) Paris 6 Février 1891. Dalloz, 1892-2-385

sant abstraction du vote de réduction de capital (1). Pour éviter de pareils recours et assurer le fonctionnement paisible de la société ainsi transformée, il sera sage et prudent, si les circonstances le permettent, de hâter l'échéance des dettes existantes et de rembourser les créanciers en titre au moment de la réduction. On subrogera les nouveaux bailleurs de fonds aux créanciers ainsi remboursés et la situation sera désormais régularisée à l'égard des tiers, sans exception dangereuse.

La solution que nous venons de donner permet de répondre aisément à une question qui s'est posée à plusieurs reprises. Les créanciers antérieurs à la réduction ont-ils le droit, en se prévalant de la dimition des garanties que le capital social leur offrait, soit d'exiger le paiement immédiat de leur créances (art. 1188 Cod. Civ.), soit de demander la résolution du contrat qu'ils ont conclu avec la société (art. 1184 Cod. Civ.) ? Nous répondons : non, une pareille prétention de la part des créanciers ne saurait être accueillie, puisque, nous venons de le voir, leurs droits restent intacts à l'endroit de la société et que leurs garanties ne se trouvent nullement atteintes par le vote de réduction.

Ces préliminaires posés, il convient d'examiner quelles sont les hypothèses qui peuvent provoquer un vote de réduction du capital par l'assemblée extraordinaire des actionnaires. Nous nous demanderons ensuite quels sont les procédés de réduction du capital auxquels la société peut légalement recourir. Comme conclusion de ces délicates études, nous étudierons une question particulièrement difficile : le rachat des des actions par la société elle-même.

a) Il peut se faire tout d'abord, que le capital fixé par les statuts et qui se trouve actuellement appelé

(1) Trib. Com. de la Seine, 28 octobre 1885 (le Droit 14 Nov. 1885).

et versé, reste en partie inactif et improductif dans les caisses de la société. Contrairement aux prévisions des premiers jours, le chiffre des affaires sociales a été trop modeste pour entraîner l'utilisation de tous les capitaux, il s'ensuit qu'il y a un excédent de détention génante et que l'ensemble du dividende portant sur une surface trop large, ne permet pas de donner aux actionnaires une rémunération suffisante. La société est alors semblable à un commerçant qui se voit dans la nécessité de retirer de son entreprise des capitaux qu'il y avait engagés, soit par méprise, soit par illusion de l'importance des affaires possibles.

La situation est analogue à celle que nous venons d'indiquer lorsque, une partie du capital ayant été versée par les actionnaires, les associés reconnaissent qu'il y aurait surabondance de capitaux si l'on faisait appel au capital non versé qui pèse encore sur le patrimoine des souscripteurs, comme une dette éventuelle. La réduction consistera alors dans la décharge donnée aux actionnaires pour le complément du capital, avec réduction du capital nominal au capital réellement versé.

Le cas le plus normal qui provoquera un vote de réduction du capital est celui où il y a eu soit perte partielle, soit dépréciation du capital originaire. Ainsi, l'on peut supposer que la moitié du capital a été perdue ou que le capital a perdu la moitié de sa valeur et que l'assemblée générale déclare que le capital sera réduit de moitié. On a dit que les actionnaires se bornent alors à constater un fait et ne créent pas une situation légale nouvelle. C'est là, croyons-nous, une appréciation inexacte. Sans doute, en la forme, l'assemblée des actionnaires ne fait que constater la diminution ou la dépréciation du capital social et décider que dorénavant le capital réél actuel sera celui de la société. Mais, au fond, il y a bien une véritable modification des statuts, qui peut avoir

sur la marche générale de la société et sur la manière de calculer les bénéfices une grave influence. Si, lorsque le capital est perdu en partie ou déprécié, on ne recourrait pas à la réduction de ce capital, il ne saurait y avoir de bénéfices et par suite de dividendes tant que le capital originaire n'est pas reconstitué. La réduction du capital votée par l'assemblée des actionnaires permet la distribution immédiate de dividendes, on se trouve donc bien en présence d'une modification apportée aux conditions de distribution du dividende, c'est-à-dire au pacte social primitif.

b) Pour opérer pratiquement cette réduction du capital social dont les actionnaires ont proclamé la nécessité, on peut avoir recours à divers procédés.

On peut décider que le taux, c'est-à-dire la valeur nominale des actions, subira une diminution. Ainsi, s'il s'agit d'une société dont le capital est divisé en 1000 actions de 2000 fr. chacune, on pourra déclarer que désormais ces actions ne vaudront plus que 1000 francs chacune. Cette réduction peut résulter d'une libération proportionnelle des actions non entièrement libérées, d'un remboursement proportionnellement fait sur chaque action ou d'une simple opération d'écriture, lorsqu'une partie du capital ayant été perdue, on décide que le capital sera ramené au chiffre actuel. Il va de soi que le vote de l'assemblée ne saurait autoriser la réduction des actions au dessous du minimum fixé par la loi de 1867 (500 ou 100 francs selon la distinction faite par les art. 1 et 24 pour les sociétés soumises aux règles établies par le législateur de 1867. La loi toute récente du 1er aout 1893, dans son art. 1er, à réduit les minimums fixés en 1867 pour les actions ou coupures d'actions, à 25 et 100 frs selon que le capital social ne dépasse pas 200.000 fr, ou qu'il se trouve supérieur à ce chiffre.)

On peut diminuer le nombre des actions sans diminuer le taux de chacune d'elles. Ainsi l'assemblée générale peut, comme elle l'a fait dans une espèce récente (1), décider que tout actionnaire aura droit à une action à raison de trois actions. Il suit de là que l'actionnaire qui ne possède pas trois actions ou un nombre d'actions divisible par trois, devra ou acheter des actions ou en vendre le nombre nécessaire pour avoir un multiple de trois actions.

On a très énergiquement contesté la légalité d'un pareil procédé (2); il conduit, a-t-on dit, à une véritable expropriation des actionnaires qui ne veulent pas acquérir des actions nouvelles et il faudrait pour l'admettre se trouver en présence d'une clause expresse et spéciale des statuts.

La cour de Cassation a fait bonne et prompte justice de pareilles objections. Sans doute, il conviendrait mieux, si cela est possible, de recourir à des procédés de réduction qui respectent mieux le droit acquis par chacun de conserver et de négocier à son gré les titres qu'il possède. Mais, si le procédé est quelque peu vexatoire et tyrannique, on ne saurait y voir une atteinte aux bases essentielles de la société, échappant par suite aux pouvoirs de l'assemblée générale. On ne saurait, dit la cour suprême, attribuer un semblable caractère à des décisions, qui tendaient uniquement à mettre l'estimation du fond social d'accord avec la réalité des faits. L'assemblée, ajoute-t-elle, avait pouvoir de faire cette estimation et de prescrire les mesures qui pourraient en être la conséquence, à moins qu'une prohibition expresse, insérée dans les statuts, n'y mit obstacle, et, dit la cour, on ne saurait considérer comme portant atteinte aux bases essentielles de la société la sujetion, imposée par les

(1) Cassation 30 mai 1892, Sirey 1892-1-561.
(2) Lyon-Caen et Renault.

résolutions des actionnaires, à tout actionnaire ne possédant pas un nombre d'actions divisible par trois, de compléter ou de réduire le nombre des titres, afin d'en opérer l'échange contre des titres nouveaux, car il appartient à l'assemblée générale de prescrire cette mesure, qui n'est qu'une conséquence de la réduction du capital, s'il n'y a à ce sujet aucune interdition dans les statuts (1).

Nous verrons plus loin que le même résultat peut être obtenu également par le rachat, opéré par la société, d'un certain nombre d'actions qui sont ensuite annulées.

On conçoit enfin qu'il y ait à la fois diminution du nombre des actions et réduction du capital nominal de chacune d'elles. Ainsi, il peut être décidé qu'il n'y aura plus dorénavant que cinq cents actions au lieu de mille et que le taux de chacune d'elles sera de 500 francs et non plus de 1000 francs.

c). Du rachat des actions par la société. — La loi de 1867 ne contient aucune disposition sur l'opération assez fréquente qui consiste pour une société à racheter ses propres actions. Ce rachat est-il valable ? La question ainsi posée ne comporte pas une réponse absolue ; il y a des distinctions qui s'imposent et qu'il nous faut mettre en lumière.

La société peut chercher à opérer le rachat de ses actions soit à l'aide de son capital, soit en y employant une partie de ses bénéfices ou une portion de la réserve.

1° Quand l'achat est fait à l'aide du capital, on se trouve, en réalité, en présence d'une réduction du capital social. Les créanciers se voient ainsi dépouillés d'une partie du gage sur la foi duquel ils ont accordé le crédit qui leur était démandé. Il suit de là que pour que le rachat ainsi opéré par la société

(1) Cassation, 30 mai 1892. Dalloz 1893-1-106.

soit légal, on devra observer les formalités que nous avons étudiées pour la réduction au capital social (1). Il faudra donc un vote favorable de l'assemblée générale, constituée conformément aux prescriptions de l'art. 31 de la Loi de 1867, et les résolutions ainsi prises par l'assemblée, feront l'objet d'une publication spéciale (art. 61, loi de 1867). Il va de soi que la réduction ainsi opérée implique la destruction des titres d'actions dont l'achat a été fait par la société. Ce mode de réduction du capital peut offrir un certain avantage pécuniaire, quand le cours des actions est au-dessous du pair. On arrive ainsi à annuler des actions, moyennant le paiement d'une somme inférieure à celle qu'il faudrait débourser si l'on procédait par la voie du remboursement direct des actionnaires. Dans ce dernier cas, en effet, il faudrait remettre aux porteurs de titres une somme égale au taux nominal des actions.

La société ne pourrait pas, de son seul gré, sans observer les formalités nécessaires pour la réduction du capital social, procéder au rachat de ses actions à l'aide de son capital. Les achats d'actions opérés contrairement à cette prohibition, seraient entachés de nullité (2) et peuvent donner lieu, d'après les principes généraux (art. 44, Loi 1867), à la responsabilité des administrateurs.

On a soutenu même que le rachat des actions ainsi opéré par la société peut tomber sous le coup de l'art. 419 du code pénal, qui réprime les manœuvres destinées à altérer le cours des denrées ou marchandises et des papiers et effets publics. Le rachat peut certes avoir un pareil résultat sur le cours des actions, mais les actions ne paraissent pas visées par l'art. 419,

(1) Mais les créanciers antérieurs au vote de réduction conservent leurs droits sur le capital primitif. (V. plus haut : Réduction du capital.)

(2) Cassation 11 Février 1868. Sirey 1868. 1. 251.

ce ne sont ni des denrées, ni des papiers et effets publics. Mais, a-t-on dit, le mot marchandises a une portée très large, il désigne tout ce qui peut être un objet de spéculation ou de transaction, il est donc susceptible de comprendre les actions des sociétés de commerce. Nous pensons, au contraire, que dans l'art. 419 du code pénal, le mot marchandises doit être pris dans un sens étroit et littéral. Cette interprétation résulte des travaux préparatoires du code pénal; le texte primitif mentionnait à côté des denrées et marchandises, les papiers et effets *de quelque nature qu'ils soient;* or on a intentionnellement substitué à ces dernieres expressions celle de papiers et effets publics (1). Il ressort de cette analyse intrinsèque de l'art. 419 du code pénal, qu'aucune peine correctionnelle ne peut être prononcée contre les administrateurs qui ont participé à un achat illicite d'actions.

La nullité du rachat des actions ainsi opéré par la société n'est pas absolue. Les motifs qui la justifient conduisent à décider qu'elle ne peut être invoquée que par ceux qui ont à se plaindre de la réduction du capital social, les actionnaires et les créanciers. Elle ne saurait l'être pour ceux auxquels la société a vendu des actions et qui voudraient échapper aux versements à faire (2).

Contrairement aux solutions que nous venons de donner, des auteurs considérables soutiennent que l'achat des actions opéré par la société à l'aide de son capital et sans l'observation des formalités nécessaires pour la réduction du capital, est licite dans certains cas déterminés. D'abord, disent-ils, lors de la discussion législative de la loi de 1867, les orateurs officiels ont déclaré à plusieurs reprises que l'achat des actions était quelquefois valable, et puis, ajou-

(1) Cassation 30 juillet 1885. Dalloz, 1886. 1-389.
(2) Cassation, 3 janvier 1887.

tent-ils, la jurisprudence n'a guère eu à se prononcer que sur des rachats d'actions opérés dans des circonstances suspectes, alors que la société était incapable de faire face à son passif. Si nous supposons, au contraire, une société en pleine prospérité, dont les ressources sont abondantes, mais dont une partie du capital reste improductif, pourquoi ne pas l'autoriser à placer ce capital inactif en actions de la société? La société qui agirait ainsi ne causerait de tort à personne ; c'est un placement sérieux et loyal qu'elle fait ; ce serait d'ailleurs un moyen efficace d'arrêter les tentatives des compagnies rivales pour déprécier le cours de ses actions, grâce aux fluctuations de la Bourse.

Il est exact que dans la discussion de la loi de 1867 il a été souvent question de l'achat des actions par la société. Mais il ne faut voir là que l'affirmation d'une opinion personnelle aux orateurs officiels, qui ne saurait par suite s'imposer si elle est contraire aux principes du droit.

Quant aux considérations générales que l'on fait valoir, elles ont certainement plus d'importance économique et financière que juridique. Le droit qu'on revendique pour les sociétés de maintenir le cours de leurs actions, en dépit des tentatives de concurrents jaloux, conduira facilement à des spéculations désordonnées et à des chutes scandaleuses, dont les exemples ont été malheureusement trop fréquents. Pour triompher des agioteurs dont elle pourrait se plaindre, le meilleur moyen pour la société est encore de travailler honnêtement, de réaliser des bénéfices et de distribuer des dividendes légitimement acquis. Et, si nous voulons rester sur le terrain juridique, si, comme le dit M. Vavasseur, « nous interrogeons les « principes qui régissent le contrat de société, nous « reconnaissons que l'achat ou le rachat par une société « de ses propres actions, ne peut s'expliquer autrement

« que comme étant une vraie dissolution partielle de la « société, opérant une diminution du capital social. « L'associé vendeur est mis en dehors de la société « où il n'est remplacé par personne. Son titre est « anéanti et sans valeur ; qu'importe qu'il soit maté- « riellement conservé par la société ! que celle-ci se « paye à elle même fictivement les dividendes ! Ce titre, « c'était une part de la co-propriété sociale ; la société « ne peut devenir co-propriétaire et associée avec « elle-même. » Il arrive parfois que la société qui a racheté des actions les revend presque aussitôt à des tiers. Si le prix obtenu par cette nouvelle cession est égal ou supérieur à celui que la société a déboursé, la nullité de l'achat des actions se trouve couverte, dit la cour de Cassation, puisque le capital social primitif se trouve ainsi reconstitué (1). Mais si le prix de vente est inférieur aux sommes remboursées, les actionnaires qui ont profité du remboursement devraient alors le paiement de la différence. Ajoutons que la cour suprême, usant d'une tolérance analogue, considère la nullité du rachat opéré comme pouvant être couverte par la reconstitution du capital au moyen de la revente en Bourse des titres.

Il est incontestable que la nullité dont nous venons de parler est opposable au vendeur d'actions qui n'ignorait pas qu'il traitait directement ou indirectement avec la société. Ce vendeur sera donc tenu pour reconstituer le capital qu'il a sciemment contribué à diminuer, de rapporter à la société les sommes qui lui ont été versées par elle. Mais, doit-on user d'une semblable rigueur à l'égard du vendeur de bonne foi, c'est-à-dire de celui qui ignorait que la société se rendait acquéreur de ses actions ? Une pareille situation est de nature à se présenter souvent ; les administrateurs de la société seront peu enclins à traiter

(1) Dalloz, 1867-1-439.

directement une affaire dont ils soupçonnent l'illégalité, ils se feront représenter par un prête-nom, ou bien déclareront qu'ils se rendent acquéreurs en leurs noms personnels. D'autre part, il ne faut pas oublier que les agents de change, intermédiaires officiels des opérations de bourse, sont tenus par les règlements mêmes de leur profession, de garder secret le nom de leur client, d'où il suit que, sans manœuvre aucune, le vendeur peut ignorer que l'achat a été fait pour le compte de la société.

Pour soustraire le vendeur de bonne foi à la nullité dont on le menace, on a invoqué diverses raisons. On a prétendu qu'il était nécessaire de créer une exception en sa faveur pour assurer la complète sécurité des opérations et des transmissions de titres ; on a rappelé encore l'analogie qui pourrait exister entre le vendeur de bonne foi et l'actionnaire qui a reçu de bonne foi des dividendes fictifs. Celui-ci, aux termes de l'art. 10 de la loi de 1867, ne peut être contraint à la restitution de ce qui lui a été versé. Pourquoi en serait-il autrement pour le vendeur d'actions de bonne foi ? La situation n'est-elle pas identique dans les deux cas et ne mérite-t-elle pas la même faveur ?

Quelque rigoureuse que puisse paraître la solution contraire, nous préférons, avec la cour de Cassation, admettre, d'une façon absolue, la nullité des achats et autoriser l'action en restitution même contre les vendeurs de bonne foi. En effet, lorsqu'il y a eu par le fait d'achat d'actions, réduction du capital social, les créanciers ont le droit de réclamer à la société la reconstitution du capital primitif.

Pour arriver à ce résultat, les créanciers sociaux ont certainement le droit de demander aux actionnaires la restitution des sommes qui leur ont été remboursées et les actionnaires de bonne foi ne pourraient certes pas se prévaloir de la vente qu'ils ont faite à

la société pour se soustraire à cette restitution. Les administateurs, il est vrai, ont commis une faute dont ils sont responsables, mais, comme nous l'avons vu, ces administrateurs ne sont que les mandataires des actionnaires et ceux-ci répondent par suite des fautes commises par ces administrateurs jusqu'à concurrence du montant de leurs actions, sans que la question de bonne ou de mauvaise foi puisse être d'une utilité quelconque dans l'appréciation de cette responsabilité. Quant à l'argument tiré par analogie de la solution donnée par l'art. 10 de la loi de 1867, il n'a aucune valeur. Les dividendes sont des revenus dont l'actionnaire a besoin et il subirait un trouble trop grave s'il lui fallait les rembourser après les avoir touchés. Au contraire, les sommes prises sur le capital social et payées aux actionnaires pour l'achat de leurs actions, ne constituent pas un revenu mais bien un prix, c'est-à-dire un capital. Sans doute, si ces actionnaires sont contraints de restituer les sommes qui leur ont été comptées, ils pourront subir un préjudice, car ils ne sont peut-être pas sûrs de trouver à placer les actions qu'ils avaient vendues à la société dans des conditions aussi avantageuses que celles de la première vente, mais ils auront alors un recours contre les administrateurs de la société et même contre l'agent de change, si ce dernier savait que l'achat des actions était fait par la société et payé avec une partie du capital (1).

2° La société pourrait également procéder au rachat de ses actions au moyen de prélèvements opérés sur les bénéfices. Si les actions ainsi rachetées sont aussitôt détruites, on se trouve en présence d'un procédé spécial d'amortissement, plus avantageux que le mode habituel. Dans ce dernier cas, en effet, les actions amorties sont remplacées par des actions de jouis-

(1) Caen, 11 mai 1880. Sirey, 1880. 2. 124.

sance, si l'on recourt, au contraire, à l'achat des actions et à leur destruction, le nombre des actionnaires se trouve réduit et les actions rachetées disparaissent de la circulation.

Les administrateurs de la société commettraient un véritable abus de pouvoir en décidant, de leur seul gré, que des prélèvements seront faits sur les bénéfices annuels pour procéder au rachat des actions. Ces bénéfices sont la propriété des actionnaires qui seuls peuvent en disposer. Les prélèvements opérés sur ces bénéfices sont faits aux dépens des dividendes, ils augmentent la mise des actionnaires, leurs risques, par conséquent ils les engagent pour une somme supérieure à celle qu'ils avaient tout d'abord entendu verser, sans les libérer en quoi que ce soit de ce dont ils peuvent encore rester débiteurs. On se trouve, en un mot, en présence d'une véritable modification du contrat de société. Il faut donc pour autoriser ces prélèvements sur les bénéfices, une délibération spéciale de l'assemblée générale des actionnaires.

3° Plus délicate et controversée est la question de savoir si la société pourrait effectuer le rachat de ses actions à l'aide des fonds de réserve. Nous ne voulons parler, bien entendu, que de la réserve légale dont la constitution est imposée à toute société anonyme par l'art. 36 de la loi de 1867. Les réserves supplémentaires ne sont, en somme, que des prélèvements sur les bénéfices annuels, prélèvements dont les actionnaires peuvent disposer à leur volonté (v. supra). Mais, si, pour plus de clarté, nous supposons une société constituée avec un capital de 100,000 fr. en possession de sa réserve légale complète : 10.000 fr., peut-on dire que l'assemblée extraordinaire aura le droit d'autoriser les administrateurs à employer cette réseve légale de 10.000 fr. en achats d'actions ? La plupart des auteurs (1) se prononcent, sans hésiter, pour

(1) Vavasseur ; Lyon-Caen et Renault.

la parfaite légalité d'une telle résolution. La loi, disent-ils, n'indique pas l'emploi à faire du fonds de réserve, il peut servir à couvrir des pertes, à augmenter les dividendes dans les années peu fortunées. On ne voit pas pourquoi ce fonds de réserve ne pourrait pas être utilisé pour le rachat des actions dans un but d'amortissement. Le capital social qui forme le gage des créanciers ne se trouve diminué en aucune façon, puisque le fonds de réserve n'est pas compris dans ce gage. Toutefois la disparition du fonds de réserve est une atteinte assez grave au contrat de société primitif pour nécessiter une délibération spéciale de l'assemblée extraordinaire des actionnaires.

Les auteurs, dont nous venons de rapporter l'opinion, nous semblent établir leur raisonnement sur un principe faux. L'art. 36 de la loi de 1867 prescrit aux sociétés anonymes de prélever annuellement sur leurs bénéfices nets une somme de 5 0/0 pour constituer un fonds de réserve. Ces prélèvements cessent d'être obligatoires lorsque le fonds de réserve a atteint 10 0/0 du capital social, mais il ne faudrait pas croire que ces prélèvements annuels ou cette réserve complète soient capitalisés scrupuleusement et gardés improductifs dans la caisse de la société, pour parer aux mauvaises fortunes possibles. En fait, ces prélèvements opérés ne sont que des additions légales et obligatoires au capital primitif, et, à ce titre, elles doivent servir de garantie aux créanciers de la société aussi bien qu'à augmenter les moyens d'actions de cette société. Le législateur a imposé aux sociétés anonymes l'obligation d'augmenter leur capital primitif dans des proportions qu'il a fixées, afin que si des pertes imprévues venaient menacer la prospérité de la société, il fut possible grâce à ce capital social accessoire qui a nom réserve légale, de préserver autant que possible le capital social statutaire. La réserve légale nous apparaît donc comme une mesure de

prévoyance obligatoire destinée à assurer à la société un crédit plus large, une action plus puissante. A ce titre, elle est un gage sur lequel les tiers ont le droit de compter et dont ils ne sauraient être impunément privés. C'est en ce sens que s'est prononcé le congrès international des sociétés tenu à Paris en 1889, il a émis l'avis que l'achat des actions à l'aide de la réserve statutaire devait demeurer interdit. Nous aurions souhaité qu'une disposition formelle fut inscrite à ce sujet dans le projet de loi adopté par le Sénat en 1884. Le projet, tout en adoptant la plupart des solutions que nous venons de donner, s'est montré sur quelques points plus sévère que la législation actuelle et, à juste raison, croyons-nous. L'art. 33 de ce projet est ainsi conçu :

« Il est interdit aux sociétés d'acheter leurs propres « actions, sauf dans les cas suivants :

« 1° Lorsque cet achat est fait pour un amortisse- « ment prévu par les statuts ;

« 2° Lorsque le rachat, se faisant en vue d'une « réduction du capital social, toutes les conditions et « formalités prescriptes pour cette réduction ont été « remplies.

« Les titres d'actions ainsi achetés par une société « doivent être annulés.

« La nullité des achats faits contrairement aux « dispositions du présent article, ne peut être pro- « noncé qu'autant que le vendeur a été de mauvaise « foi. »

Nous partagerions également la manière de voir de MM. Lyon-Caen et Renault qui demandent qu'on applique à ceux qui ont participé à un rachat illégitime d'actions de la société, les peines de l'amende et de l'emprisonnement.

Le projet de loi de 1884 a tenu compte de cette dernière prétention dans son article 101. Il déclare res-

ponsables les administrateurs qui ont participé aux achats en dehors des cas prévus et prononce contre eux des peines d'amende et d'emprisonnement.

2° Nous venons de voir les actes nombreux que les assemblées générales des actionnaires sont autorisées à faire ; il nous faut maintenant examiner les modifications qui sont jugées par trop graves pour être comprises dans leur sphère d'action. Bien qu'on ne soit pas absolument d'accord sur le plus ou moins d'étendue qu'il faut donner à cette prohibition, on peut, pour plus de clarté, se placer à la lumière d'un double principe. Il y a d'abord des actes qui demeurent interdits parce qu'ils conduiraient à anéantir l'ancienne société et à la remplacer par une nouvelle. Il y a en second lieu des décisions qu'il ne faut pas permettre, parce qu'elles porteraient une atteinte trop grave aux droits des actionnaires qui composent la minorité dissidente.

Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre de ces deux catégories d'actes, la majorité des actionnaires est impuissante à imposer ses décisions ; il faut réunir l'unanimité des intéressés, c'est-à-dire des actionnaires.

a). Les actes de la première catégorie sont relativement peu nombreux ; on ne peut guère y comprendre que :

1° *La détermination d'un nouvel objet de l'entreprise.* La société se propose un but que les statuts ont strictement limité, si elle vient à s'adonner à une exploitation différente, ou, si à côté de l'entreprise ancienne, elle en crée un autre qui n'y est pas connexe, on peut dire que c'est une autre compagnie qui se fonde à côté de l'ancienne (1). Mais on ne saurait considérer comme une entreprise nouvelle et par suite prohibée l'extension apportée aux affaires

(1) Cassation, 17 avril 1855 ; Dalloz 1855, 1-213.

sociales par l'étude d'objets qui ont avec le but poursuivi par les statuts une corrélation naturelle.

La jurisprudence s'est appliquée à maintenir fermement la distinction, parfois difficile à faire, entre l'extension des affaires sociales et la poursuite d'un objet nouveau que les statuts ne sauraient viser même implicitement. Nous pouvons citer, comme un des exemples les plus récents et les plus typiques de cette préoccupation, un arrêt de la cour de Bourges du 6 avril 1892 (1), solutionnant une situation de fait de nature à se présenter de nouveau et dans les mêmes conditions. La société anonyme du gaz de St-Amand avait pour objet, aux termes de ses statuts, l'éclairage et le chauffage par le gaz de la ville de St-Amand. Les statuts de la société portaient que l'assemblée générale des actionnaires, convoquée extraordinairement, aurait le pouvoir d'apporter aux statuts les modifications dont l'expérience aurait démontré l'utilité. Dans le courant de l'année 1891, l'assemblée générale, convoquée extraordinairement dans les termes de l'art. 31 de la loi de 1867, avait décidé, à la majorité, que la société ajouterait désormais à ses opérations l'*éclairage électrique*. Deux actionnaires demandèrent aussitôt la nullité des décisions de l'assemblée générale. Ils prétendaient qu'en votant l'annexion de l'éclairage électrique à l'éclairage par le gaz, l'assemblée générale avait modifié l'objet même de la société, ce qu'elle ne pouvait valablement faire en dehors de l'assentiment de tous les actionnaires. La société du gaz répondait qu'elle n'avait changé ni la nature ni l'objet de la société ; qu'elle s'était bornée à élargir le cercle des affaires sociales, chose parfaitement licite et n'exigeant point l'unanimité des actionnaires. Loin de porter atteinte aux bases fondamentales de la société, disait-elle, les modifications

(1) Sirey, 1893-2-213.

adoptées devaient permettre à celle-ci de poursuivre son but principal qui était l'éclairage de la ville de St-Amand.

Il avait été précédemment jugé que dans une société par actions dont l'objet principal était de faire des opérations se rattachant aux industries agricoles, mais dont toutes les opérations de banque permises par les statuts, ne se rattachaient pas exclusivement aux industries agricoles, l'assemblée générale avait pu, en vertu d'un article des statuts qui permettait l'extension des affaires sociales, donner une plus grande extension aux opérations de banque étrangères aux industries agricoles (1).

La cour de Cassation avait d'autre part décidé que la clause des statuts d'une société qui, en donnant à l'assemblée générale les pouvoirs les plus étendus, l'autorise spécialement à voter toutes réunions, fusions ou alliances avec d'autres compagnies, renferme le pouvoir de changer le mode d'exploitation jusque-là suivi et de confier temporairement cette exploitation à une autre compagnie, ayant son individualité distincte et indépendante, une telle modification ne touchant en rien aux conditions fondamentales de la société et à l'objet pour lequel elle continue à rester constituée (2).

Pour la société du gaz de S-Amand, il importait de savoir si l'annexion de l'éclairage électrique à l'éclairage par le gaz affectait essentiellement l'objet même de la société ou s'il ne fallait y voir qu'une simple modification des statuts. La cour de Bourges, par une interprétation peut-être étroite de la lettre même des statuts et dans une argumentation dont la logique juridique ne saurait être niée, répond à la question ainsi posée, qu'on ne saurait voir dans les

(1) Cassation, 14 janvier 1885; Sirey, 1885-1-159 et 23 février 1885 Sirey, 1885-1-337.
(2) Cassation, 8 mars 1882; Sirey 1882-1-396.

décisions prises par l'assemblée générale une simple modification des statuts ; que la société en question « a pour objet l'éclairage et le chauffage à gaz dans la « ville de St-Amand et les fournitures des appareils « *ad hoc* ; qu'ainsi l'objet de la société n'est point sim- « plement d'une façon générale et indéterminée l'éclai- « rage et le chauffage par l'un ou plusieurs des procé- « dés quelconques alors en usage, mais bien d'une façon « spéciale, déterminée et par là même limitée l'éclai- « rage et le chauffage au gaz. » « Attendu dès lors, « ajoute l'arrêt, que décider que l'adjonction de l'éclai- « rage électrique ne constitue dans l'espèce qu'une sim- « ple modification de détail, ne portant aucune « atteinte aux bases fondamentales de la société, répu- « gne à la logique des choses et aux principes ci-des- « sus énoncés ; qu'évidemment, au contraire, cette « adjonction constitue un nouvel objet, venant se juxta- « poser au précédent et qui, s'il tend au même but que « celui-ci, nécessite l'emploi de procédés tout différents « et entraîne à sa suite, avec des dépenses nouvelles, « un surcroît de responsabilités et un aléa particulier ; « — Attendu que, les choses étant ainsi, il convient de « voir dans la mesure votée et mise en exécution par « les délibérations critiquées, une innovation modifiant « d'une façon aussi directe que sensible l'objet même « de la société et portant conséquemment atteinte au « pacte social, *innovation qui, en principe, ne pouvait « être décidée que par l'unanimité des actionnai- « res* » (1).

2° *La transformation de la société en un type juridique d'un caractère nouveau,* comme la conversion de la société anonyme en une commandite par actions. Comme l'a dit M. Thaller (2), « la loi a cru devoir « distribuer les sociétés de commerce en diverses

(1) Comparez dans le même sens : Besançon 29 juillet 1889 ; Sirey 1891-2-107.
(2) Op. cit.

« classes, qui ont chacune leurs propriétés distinctes « et constituent par conséquent des organismes sépa- « rés. Une transfusion de sang n'est possible de « l'une dans l'autre, que si l'ancienne personne dis- « paraît et qu'une nouvelle prenne sa place (1). C'est « en considération de cet événement qu'on a pu dire « que la fusion d'une société dans une autre consti- « tuait, dans le langage de la jurisprudence, un « changement aux bases essentielles, subordonné à « l'unanimité des voix et exigeant l'accomplissement « des mêmes formes que s'il s'agissait de créer une « société par actions primordiale, non pas du chef de « la compagnie annexante qui absorbe l'autre en elle « et conserve son identité au moyen d'un capital « renforcé, mais du côté de la société annexée qui va « se fondre dans une raison sociale différente et qui « participant désormais du caractère de celle-ci comme « élément intégrant, perd par là sa personnalité anté- « rieure. »

b). Quant aux actes qui sont de nature à porter une trop grave atteinte aux droits de la minorité, il n'en existe pas, en France, comme dans beaucoup de pays étrangers, une théorie générale. Il y a bien chez nous une doctrine connue sur les actions individuelles des actionnaires, opposées aux actions sociales et collectives. On ne l'applique pas ordinairement aux droits que l'actionnaire a acquis par sa souscription primitive, mais bien à la situation de l'actionnaire qui se trouve avoir acheté des actions postérieurement à la formation de la société à un taux frauduleusement exagéré et qui se retourne contre les administrateurs qui lui ont fait grief. Mais il faut reconnaître que par le fait même de la souscription, l'actionnaire a acquis à l'encontre de la société une série de droits strictement définis et dont il ne saurait être dépouillé par un

(1) Cassation, 29 juillet 1890. Dalloz, 1891. 1. 54.

vote de la majorité. L'actionnaire a sans doute, dans une très large mesure, consenti à laisser absorber sa personnalité propre par la personne morale sociale, mais il n'a consenti à l'annihilation de sa propre volonté qu'à la condition qu'on respectât un certain nombre de conditions que le contrat de souscription a précisément pour but de fixer. Si, comme tout porte à le croire, il y a entre la société, personne morale, et l'actionnaire souscripteur un véritable contrat synallagmatique, ce ne peut être qu'à la condition que l'une des parties ne puisse rien changer aux conventions intervenues, sans le consentement de l'autre. Il faut donc reconnaître qu'il y a au profit de l'actionnaire, considéré comme individu, un certain nombre de points que l'on peut qualifier d'intangibles et sur lesquels la majorité ne saurait avoir aucune prise. C'est ainsi que : 1° l'actionnaire a un droit acquis à traiter avec une société régulière, c'est là une condition de sa souscription ; si elle n'est pas remplie, alors même que tous les autres actionnaires se ligueraient pour donner leur approbation à des statuts illégalement constituées, l'actionnaire dissident pourra toujours intenter l'action en nullité que le législateur a mise à sa disposition ; 2° l'actionnaire a également un droit acquis à ne pas se laisser exclure de la société alors que les autres y restent, à ne pas permettre à ses coassociés de jouir du produit naturel de sa part et à exiger des bénéfices si le compte annuel accuse des opérations heureuses ; 3° l'actionnaire a enfin un droit acquis à limiter sa responsabilité au montant nominal des actions qu'il a souscrites. On ne concevrait pas, par exemple, qu'une délibération de l'assemblée générale imposât à chaque actionnaire l'obligation de verser en dehors des 500 fr. de ses actions, un complément de 250 fr. ; 4° enfin, certains auteurs invoquent la théorie générale des droits acquis que nous venons d'esquisser, pour soutenir que l'actionnaire a

un droit absolu de garder ou de négocier son titre à son gré. Il suivrait de là que l'assemblée générale ne saurait imposer, par exemple, l'échange de 5 actions anciennes contre 3 nouvelles. Nous avons réfuté plus haut une pareille prétention que la Cour de Cassation a formellement condamnée en 1892 (1).

Droit comparé. — Plusieurs lois étrangères, particulièrement le code *Italien* et le code *Roumain*, ont apporté dans l'étude des pouvoirs de modifier les statuts accordés à l'assemblée générale des actionnaires, une précision que nous ne trouvons pas dans la loi française.

La loi *Belge* de 1873 donne à l'assemblée générale, sauf dispositions contraires des statuts, le droit de modifier le pacte social, pourvu qu'il ne soit porté aucune atteinte aux bases essentielles de la société. En tout cas, aucune modification n'est possible, si elle ne réunit pas les trois quarts des voix des actionnaires.

Le code *Allemand* exige une majorité des trois quarts du capital social représenté à l'assemblée générale chargée de la modification des statuts, à moins que les statuts n'en décident autrement. Les statuts ne sauraient réduire cette majorité s'il s'agit du changement de l'objet de la société ou de l'approbation d'un traité de fusion. Quand il est question de modifier les statuts d'une façon dommageable pour une classe d'actionnaires, ceux-ci doivent, avant la réunion de l'assemblée générale, adopter la modification proposée à la majorité des trois quarts des actionnaires présents ou représentés.

La législation *Anglaise* exige pour les modifications importantes, une résolution spéciale (special resolution) de l'assemblée générale. Cette résolution est prise à la mojorité des trois quarts des membres pré-

(1) Cassation 30 Mai 1892; Sirey, 1892. 1. 561.

sents et elle est confirmée par une seconde délibération prise quinze jours au moins et un mois au plus, après la première. Pour les clauses des statuts qui règlementent simplement les détails du fonctionnement de la société, il suffira d'une délibération ordinaire de l'assemblée des actionnaires. Mais une résolution spéciale de l'assemblée des actionnaires est nécessaire pour modifier le nom de la société, augmenter le capital social, élever le capital nominal des actions, pour la réduction du capital social, la substitution de la responsabilité limitée à la responsabilité illimitée et le changement de l'objet de la société. Comme nous allons le voir la réduction du capital social (et il en est de même pour le changement d'objet) demande que le vote des actionnaires soit confirmé par l'autorité judiciaire.

Le code *Italien* et le code *Roumain* ont des dispositions spéciales qui répondent à une double préoccupation de justice et d'égalité entre associés. L'assemblée générale a le droit de modifier les statuts, mais, pour que la délibération soit valable, il faut la présence à l'assemblée d'actionnaires représentant les trois quarts du capital et le vote favorable d'actionnaires représentant la moitié de ce même capital. Mais une garantie spéciale est donnée aux actionnaires composant la minorité dissidende, lorsqu'il s'agit de modifications graves, et l'on entend par là la fusion avec une autre société, le reconstitution, l'augmentation et la diminution du capital social, le changement d'objet de la société et la prolongation de la durée de la société, si les statuts ne l'ont pas prévue. Dans toutes ces hypothèses, les actionnaires qui se sont montrés hostiles aux propositions adoptées, ont le droit de se retirer de la société, en exigeant le remboursement de leurs actions proportionnellement à l'actif social résultant du dernier bilan approuvé. Si ces actionnaires étaient présents à l'assemblée,

leur désir de rupture doit être manifesté dans les 24 heures qui suivent la tenue de l'assemblée ; si, au contraire, ils n'ont pas pris part à l'assemblée, la délibération qu'ils sont tenus de faire doit avoir lieu dans le mois qui suit la publication de la décision dans le *Moniteur Officiel*.

N. B. — Nous trouvons dans la législation française une mesure analogue à celle adoptée par les codes *Italien* et *Roumain*, lorsqu'il s'agit des sociétés d'assurance mutuelle. Un décret de 1868 accorde à la minorité opposante des assemblées générales un droit spécial quand il s'agit de modifications graves. D'après l'art. 26 du décret, toute modification des statuts relative à la nature des risques garantis et au périmètre de la circonscription territoriale, donne, de plein droit, à chaque sociétaire la faculté de résilier son engagement. Il doit exercer cette faculté dans un délai de trois mois à partir de la notification qui lui a été faite de la modification qui a été votée.

Quelques lois étrangères se sont montrées plus prévoyantes et plus complètes que la nôtre sur la question spéciale de la réduction du capital social. Il nous faut citer entr'autres la loi *Anglaise*. Depuis 1867 cette législation déclare que le capital social ne peut être réduit que si la réduction est autorisée par une clause spéciale des statuts ou par une délibération extraordinaire de l'assemblée générale des actionnaires (special resolution). Mais la décision de l'assemblée doit être confirmée par justice. La cour saisie de la demande de confirmation, doit, si tous les créanciers de la societé n'ont pas consenti à la réduction proposée, examiner si les créanciers récalcitrants sont payés, ou si les garanties offertes par la societé sont suffisantes pour assurer le paiement des dettes. Les créanciers peuvent faire opposition à la confirmation demandée, et leurs noms doivent figurer sur

une liste remise à la cour; des peines spéciales sont prononcées contre les administrateurs qui permettent des listes incomplètes. La confirmation obtenue, la réduction du capital est opposable à tous, à l'exception toutefois des créanciers dont le nom ne figure pas sur la liste soumise à la cour et qui ont ignoré la procédure engagée pour arriver à la réduction du capital social. Afin que les tiers soient avertis de la réduction opérée, le mot *reduced* doit être ajouté au nom de la société, pendant un délai que la cour apprécie. Une loi nouvelle de 1877 décide que lorsque le capital est réduit sans qu'il y ait remboursement ou libération des actionnaires, la cour peut ne pas reconnaître aux créanciers le droit d'opposition et ne pas imposer à la société l'obligation d'ajouter à son nom le mot *reduced*.

Le code *Allemand*, voulant éviter les changements trop brusques et la lésion possible des intérêts des créanciers qu'un vote de réduction peut surprendre en pleine confiance, déclare que les règles édictées pour la répartition du capital social, en cas de dissolution de la société, seront applicables à la réduction du capital social. Ces règles disposent que ce n'est qu'un an après la date de la première publication de la dissolution que la distribution de l'actif peut avoir lieu. Il suit de là, qu'il faut qu'une année se soit écoulée à partir de la date de la première publication de la délibération de l'assemblée générale (ces publications sont renouvelées 3 fois) pour que la réduction votée puisse produire ses effets.

La plupart des lois étrangères se sont occupées de la délicate question du rachat des actions par la société. Elles contiennent, en général, des dispositions détaillées qui permettent d'écarter les controverses que devait nécessairement amener le silence du législateur français.

La loi *Belge*, les codes *Italien* et *Hongrois* se

montrent particulièrement sévères à l'égard de ceux des administrateurs, commissaires ou autres qui ont illégalement acheté des actions de la société. Ils édictent contre eux des peines spéciales d'amende et d'emprisonnement.

La loi *Allemande* défend à la société anonyme d'acheter ses propres actions, à moins qu'elle n'ait reçu une commission d'achat. La société peut opérer ce rachat si elle observe les formalités prescrites pour la réduction du capital social. Elle peut aussi le faire, à l'aide des bénéfices annuels, si elle veut, par cette opération, effectuer un amortissement prévu par les statuts ou admis par une délibération modificative des statuts, prise avant l'émission des actions dont il s'agit.

Les principaux codes européens n'admettent également le droit pour la société de racheter ses actions que dans certains cas déterminés ; les uns, comme le code *Portugais* veulent une autorisation expresse des statuts, les autres, comme le code *Hongrois* et le code *Espagnol*, exigent que cet achat d'actions ait pour but soit un amortissement, soit une réduction du capital social effectuée avec les formalités requises pour cette opération.

Il nous faut encore citer l'art. 628 du code *Suisse* qui renferme sur la question de l'achat des actions par la société des dispositions très détaillées. La société ne peut se rendre acquéreur de ses propres actions que dans les cas suivants : 1° lorsque l'achat a pour objet un amortissement que les statuts ont prévu ; 2° lorsque l'achat est fait dans le but de réduire indirectement le capital, pourvu que l'on observe toutefois les formalités requises pour la réduction du capital social ; 3° lorsque la société, exerçant des poursuites contre les associés débiteurs, se trouve daus la nécessité de faire l'acquisition de

ces actions pour se payer de ses créances ; 4° lorsque cet achat peut rentrer dans les opérations que les statuts ont autorisées. Dans les deux premiers cas les actions ainsi acquises devront être immédiatement retirées de la circulation ; dans les deux autres cas, au contraire, les actions doivent être revendues le plus tôt possible et ces achats et reventes doivent figurer dans le rapport annuel. Comme mesure de précaution, à l'effet d'assurer l'indépendance des assemblées générales, la loi *Suisse* ajoute que les actions rachetées par la société ne peuvent avoir dans les assemblées d'actionnaires une représentation quelconque.

TITRE IV

APPENDICE

1° *Transformation de la société par augmentation du capital social.*

2° *Fusion des sociétés.*

3° *Droit d'action des actionnaires.*

Nous avons réservé, pour les traiter sous forme d'appendice, quelques questions difficiles et importantes, qui n'ont pu trouver place dans les études que nous venons de faire. La division des chapitres que avons adoptée dès le début, nous a paru s'opposer à l'exposition claire et méthodique des questions qne nous allons examiner. Celles-ci, en effet, se refèrent tantôt aux principes que avons posés à propos des assemblées constitutives, tantôt, au contraire, aux règles édictées pour la tenue et la composition des assemblées ordinaires et extraordinaires. C'est en raison de l'impossibilité où nous étions de faire cadrer les réflexions que nous allons fournir avec les divisions que l'objet même que nous traitions nous avait en quelque sorte imposées, que nous avons réservé les questions qu'il nous faut maintenant rapidement étudier.

1° Transformation de la société par augmentation du capital social

Lorsque nous avons essayé de déterminer les pouvoirs de l'assemblée extraordinaire des actionnaires pour la modification des statuts, nous avons déclaré qu'il était de la compétence de la majorité des action-

naires de décider l'augmentation du capital social. Il nous faut maintenant examiner, d'une manière spéciale, les formalités qu'il faut observer pour cette transformation sociale importante.

On est d'accord aujourd'hui pour dire que l'augmentation du capital d'une société par actions est soumise, en ce qui concerne la souscription intégrale des actions nouvelles et le versement du quart, aux mêmes règles que le capital primitif, notamment aux prescriptions de l'art. 1er de la loi de 1867, modifié par la loi du 1er août 1893. Bien que cette assimilation de l'augmentation du capital à la constitution du capital primitif ne résulte d'aucun texte, la jurisprudence a considéré qu'il n'y avait aucune différence à faire entre le capital originaire et le capital nouveau et que tous deux, étant également la garantie des tiers, devaient être constitués dans les mêmes conditions (1).

C'est par applicatiou de cette doctrine que l'on exige lorsqu'il s'agit d'une société anonyme : 1° que la souscription intégrale de l'augmentation du capital et le versement du quart sur chacune des nouvelles actions soit constaté par une déclaration faite par acte authentique, à laquelle sera annexé un état contenant les noms, prénoms et domicile des souscripteurs nouveaux, le nombre d'actions souscrites et le montant des versements effectués par chacun d'eux (art. 1er de la loi 1867); 2° que la déclaration notariée qui est ainsi exigée soit soumise, avec toutes les pièces à l'appui, à l'assemblée générale des actionnaires qui en vérifie la sincèrité (art. 24, loi 1867).

Mais quelle sera la composition de cette assemblée générale ? Devra-t-elle être composée des seuls souscripteurs du nouveau capital, ou faut-il au contraire

(1) Cassation, 16 octobre 1892. Sirey 1893. 1. 89 et la note de M. Houpin.

que tous les actionnaires anciens et nouveaux y soient convoqués ? M. Pont a soutenu la première opinion. Il n'y a pas lieu, a-t-il dit, de convoquer les anciens actionnaires, parce qu'ils doivent être considérés comme les fondateurs dans cette opération. D'ailleurs, comme ces anciens actionnaires faisaient partie d'une société organisée, ils ont dû être représentés valablement par le conseil d'administration qu'ils se sont donné.

Cette thèse ne nous semble pas acceptable. On ne saurait, en effet, voir dans l'augmentation du capital une simple opération sociale n'excèdant pas, lorsque les statuts l'ont autorisée, les pouvoirs des administrateurs, mais bien une véritable transformation de la société, soumise au contrôle de tous les intéressés, bien que, nous le savons, cette mesure ait pu être décidée précédemment par la seule majorité des actionnaires (art. 31, loi 1867). Comme le dit M. Houpin, « le conseil d'administration chargé de recueillir les « souscriptions et les versements d'une augmenta- « tion de capital doit en faire la délaration notariée. « Mais la loi a voulu que cette déclaration fut « soumise aux actionnaires eux-mêmes, réunis en « assemblée générale pour en reconnaître la sincé- « rité.

« Les anciens actionnaires ne sauraient être con- « sidérés comme étant représentés par le conseil « d'administration pour cette vérification, car, si le « conseil doit faire la déclaration, il n'a pas qualité « pour se contrôler lui-même. Ce sont les actionnaires « intéressés qui doivent faire cette vérification. Or, « les anciens actionnaires ont autant et même plus « d'intérêt que les nouveaux souscripteurs à s'assurer « que le capital qui vient s'adjoindre au capital ori- « ginaire pour participer avec lui aux bénéfices de la « société, a été constitué dans les formes légales. Tous « les actionnaires anciens et nouveaux doivent donc

« être convoqués par application de l'art. 27 de la « loi de 1867. »

Si tous les actionnaires anciens et nouveaux doivent ainsi être convoqués, auront-ils tous également le droit de prendre part aux votes qui auront lieu? On a soutenu avec beaucoup d'autorité que les anciens actionnaires doivent être considérés, au regard des souscripteurs nouveaux, comme des apporteurs en nature de l'actif de la société transformée. Il suit de là que dans les assemblées générales constitutives, appelées à contrôler la sincérité de la déclaration notariée de souscription et de versement du nouveau capital en numéraire, les actionnaires anciens, bien que convoqués, doivent s'abstenir de prendre part au vote relatif à l'approbation de leurs apports en nature (art. 4, loi de 1867).

La question ainsi posée nous conduit à nous demander s'il y a par le fait même de l'augmentation du capital social, création d'une société nouvelle. Si oui, il est certain que toutes les conditions imposées par la loi de 1867 pour la constitution des sociétés anonymes devront être strictement observées, et alors on pourra dire que les anciens actionnaires, fussent-ils entrés dans la première société comme souscripteurs en numéraire, doivent être considérés, à l'égard de la nouvelle société, comme des apporteurs en nature, puisque les mises transformées par les opérations sociales, se trouvent aujourd'hui représentées, selon les besoins de la société, soit par des marchandises, soit par des travaux commencés, soit par des valeurs de portefeuille. Si l'on considère, au contraire, que l'augmentation du capital social n'entraîne pas la création d'une société nouvelle, qu'il n'y a dans cette modification de la société qu'un moyen légitime d'étendre les opérations sociales, il faudra dire que l'art. 4 de la loi de 1867, se trouve ici sans applica-

tion. Si, à l'origine de la première société, il y a eu des apports en nature, ils ont dû être approuvés par les actionnaires, conformément à la loi. Si les apports n'ont pas été vérifiés et approuvés parce qu'il n'y avait pas de souscripteurs de capital en numéraire, la dispense accordée dans ce cas par la loi tient lieu de vérification et d'approbation. Jamais, ni dans un cas ni dans l'autre, il ne sera permis de faire vérifier les apports anciens par les souscripteurs du capital en numéraire émis au cours de la société, à titre d'augmentation du capital.

« La question de savoir si l'augmentation, dit « M. Houpin, entraîne création d'une société nou- « velle est importante. Si on la résout affirmative- « ment, elle entraîne les conséquences suivantes : « — En droit civil, — il faut remplir toutes les for- « malités prescrites par la loi de 1867 pour la consti- « tution de la société, en ce qui concerne non seule- « ment la souscription et le versement du quart du « capital social, la vérification de la déclaration no- « tariée et des apports en nature, mais encore la « nomination des administrateurs et des commis- « saires, le dépôt et la publication des statuts et « des actes et délibérations relatifs à la constitution ; « — En droit fiscal, — il y aura à payer au fisc le « droit gradué de constitution sur l'intégralité du « capital social ancien et nouveau et des droits de « vente si l'actif de l'ancienne société est grevé d'un « passif à acquitter par la société nouvelle ; celle-ci « devra contracter un nouvel abonnement pour le « timbre de ses actions. »

Si nous examinons les solutions données par la jurisprudence, il parait en résulter, comme règle générale, qu'il ne saurait y avoir constitution d'une société nouvelle que dans le cas où l'augmentation du capital social a été accompagnée d'un remaniement des statuts si complet et si radical, qu'on peut dire

que les principaux éléments de la société ancienne ont disparu et qu'il s'est, en réalité, formé une société nouvelle, tenue de se soumettre aux prescriptions de la loi 1867. C'est là une pure question de fait et d'appréciation que les juges devront examiner. (Cassation 24 mai 1869). C'est ainsi que la Cour de Cassation a pu trouver dans l'espèce qu'elle a solutionnée en 1892 (voir supra) non pas une simple modification des statuts, mais bien la création d'une société nouvelle, parce qu'elle se trouvait non seulement en présence d'une augmentation du capital social, mais encore d'une prorogation de la durée primitivement fixée et surtout d'une extension considérable des opérations de la société (1).

Au contraire, la Cour suprême a déclaré en 1878 (2) que l'augmentation du capital social, d'ailleurs prévue par les statuts, ne constituait pas création d'une société nouvelle, bien qu'il y eut en même temps transfert du siège social et des modifications aux statuts, alors que celles-ci ne touchaient ni à l'essence de la société, ni au but originaire de ses opérations. C'est dans le même ordre d'idées que la Cour de Paris avait jugé en 1869 (3) que l'augmentation du capital d'une société à responsabilité limitée, augmentation également prévue par les statuts, dans le but d'étendre l'objet de la société, n'implique pas, *nécessairement*, la constitution d'une société nouvelle qui serait substituée à l'ancienne, alors surtout que les parties ont manifesté l'intention de conserver à la société antérieure son existence sociale. Comme conséquence logique de la théorie que nous venons d'exposer et venant confirmer les solutions que nous avons rapportées, il a pu être décidé que bien que les augmentations successives du capital social aient

(1) Voir aussi Rev. des Soc. 1883, p. 231 et 1888 p. 45.
(2) Cassation, 9 janvier 1878, Sirey, 1878-1-409.
(3) Paris, 28 mai 1869, Sirey, 1870-2-69.

pu être annulées pour n'avoir pas été faites régulièrement, il n'y avait pas lieu pour cela de prononcer la nullité de la société originaire régulièrement constituée (1). C'est aussi parce que l'augmentation du capital ne crée pas une société nouvelle que la nullité de cette opération entraîne contre les administrateurs la responsabilité de droit commun, conformément à l'art. 44 de la loi de 1867 et non la responsabilité exorbitante édictée par l'art. 42 en cas de nullité de la société (2).

Il résulte donc de la jurisprudence que nous venons d'examiner que les anciens actionnaires ne sauraient être considérés comme des apporteurs en nature et comme tels soumis aux abstentions formulées par l'art. 4 de la loi de 1867 que lorsqu'on se trouve en présence d'une société nouvelle et non pas seulement d'une augmentation du capital social. Dans ce cas, il y aurait lieu de réunir deux assemblées successives pour vérifier d'abord et approuver ensuite le bilan de la société au jour où elle s'augmente du nouveau capital. Mais, au contraire, si la société qui augmente son capital reste une et identique, il n'y aurait lieu d'observer que les formalités prescrites par les art. 1 et 24 de la loi de 1867, relatives à la souscription du capital, au versement du quart, à la déclaration notariée de souscription et de versement et enfin à la vérification de cette déclaration par l'assemblée générale constitutive. Si le nouveau capital est représenté non pas par des souscriptions en numéraire, mais par des apports en nature, ces apports doivent être vérifiés et approuvés par les actionnaires, conformément à l'art. 4 de la loi de 1867. C'est là pour nous une conséquence de la règle qui assimile le capital d'augmentation au capital originaire et le soumet aux

(1) Tribunal de la Seine, 21 janvier 1889. Journal des Soc. 1889, p. 130

(2 Paris, 20 juin 1891. Journal des Soc. 1892, p. 30.

mêmes règles et formalités. Les raisons qui ont fait édicter cet art. 4 existent aussi bien pour les apports faits au cours de la société que pour les apports originaires; les tiers ont intérêt à savoir si le capital d'augmentation, qu'il ait été fourni en numéraire ou par des apports en nature, est réel et sérieux.

2° De la fusion des sociétés

Les traités de fusion par lesquels les sociétés conviennent de confondre leurs intérêts et d'unir leurs forces respectives pour un avenir commun, constituent un genre de contrat que la loi ne mentionne pas et qui est demeuré, jusqu'à ces dernières années, presque ignoré de la doctrine et de la jurisprudence. La traité de fusion relève donc uniquement de la grande règle de l'art. 1184, qui proclame la liberté absolue des conventions, pourvu qu'elles n'aient rien de contraire à l'ordre public, aux bonnes mœurs et qu'elles interviennent entres parties respectivement capables de contracter.

La fusion intervient ordinairement entre sociétés similaires. La cour de Nîmes a prétendu qu'elle pourrait même avoir lieu entre sociétés ayant un *objet différent* (1), et nous ne voyons pas en quoi une pareille convention serait contraire à la règle libérale de l'art. 1184. Mais la Cour de Cassation, tout en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour de Nîmes, semble intentionnellement exiger que la fusion intervienne entre sociétés *du même genre*. M. Beudant, dans une note qu'il a écrite à propos de cet arrêt, se montre plus restrictif encore et demande, ce qui est évidemment une prétention exagérée, qu'il s'agisse de sociétés *se livrant aux mêmes opérations*.

Quant aux conditions de capacité que les contractants doivent remplir, elles dépendent des statuts des

(1) Nîmes, 15 janvier 1878; Dalloz, 1879-1-5

sociétés qui fusionnent. Si les statuts n'ont pas prévu l'hypothèse d'une fusion, celle-ci n'est possible que si elle réunit l'unanimité des actionnaires et c'est alors un contrat nouveau qui intervient entre les actionnaires. Si, au contraire, les statuts ont donné à l'assemblée générale les pouvoirs nécessaires pour voter un traité de fusion, le traité sera possible. Il suffira alors d'observer le mode spécial de composition et de votation fixé par les statuts pour les assemblées extraordinaires, ou à défaut de clause des statuts sur ce point, d'observer les conditions exigées par l'art. 31 de la loi de 1867.

L'assemblée générale de chaque société délibère à part sur l'opportunité de la fusion proposée. Elle charge les administrateurs ou des mandataires spéciaux du soin de se mettre en rapport avec l'autre société et d'arrêter avec celle-ci les bases du contrat à intervenir. Les conseils d'administration des deux sociétés pourraient élaborer en commun un projet de fusion qu'ils soumettraient ensuite à l'approbation des deux assemblées générales.

Le traité de fusion n'est soumis, en lui-même, à aucune formalité spéciale, il peut être fait par acte notarié ou par acte sous seing privé, pourvu que dans ce dernier cas, il en soit dressé un double exemplaire qui sera signé par les représentants des deux sociétés.

Mais le traité de fusion ainsi préparé et rédigé n'est-il pas soumis, en tout ou en partie, aux dispositions prescrites par la loi de 1867 pour la constitution et la publicité des sociétés par actions ? Il est certain que la fusion donne naissance à un fait nouveau. Deux sociétés qui jusque là avaient une existence séparée, auront désormais une administration commune, un seul et même siège, un titre nouveau et identique sera remis aux actionnaires des deux sociétés. Quel est le caractère juridique qu'il faut reconnaître à ce

nouvel état de choses et quel est le sort des deux sociétés ainsi fusionnées ?

L'une a-t-elle absorbé l'autre ? C'est là le cas de l'*annexion*. Ou bien les deux sociétés ont-elles disparu pour faire place à une *société nouvelle* ? Ou enfin les deux sociétés continuent-elles d'exister simultanément, reliées l'une à l'autre sans se confondre : c'est le cas de l'*alliance* ?

Il nous faut apprécier en quelques mots les différents procédés de fusion que nous venons d'indiquer.

a). *Annexion*. — C'est le cas où l'une des deux sociétés continue à exister, tandis que l'autre se dissout et s'absorbe dans la première. Pour la société survivante, il y a une simple modification des statuts, une augmentation du capital social et non pas création d'une société nouvelle. Cette modification des statuts devra être soumise, à peine de nullité, aux publications légales. Mais, comme il y a lieu à une augmentation du capital et à une émission d'actions nouvelles, ne doit-on pas dire qu'il y a lieu de procéder à l'égard de l'apport effectué par la société qui disparaît, à la vérification des apports demandées par la loi de 1867? Il semblerait que oui, puisque, comme nous l'avons vu dans le paragraphe 1^er^ de ce titre, la jurisprudence étend à l'augmentation du capital les conditions prescrites pour la constitution même de la société. C'est la solution contraire cependant qu'il faut adopter, car l'assemblée générale chargée de la vérification des apports en nature, doit, nous le savons, se composer des souscripteurs qui ont promis des versements en numéraire, or, il ne se trouve pas de pareils souscripteurs dans l'hypothèse que nous proposons. C'est ce qu'a décidé d'ailleurs la cour de Cassation le 24 avril 1880, dans les termes suivants : « Attendu que le capital social dont la moitié doit « être représentée pour la vérification des apports en « nature, se compose seulement des apports qui n'y

« sont pas soumis, c'est-à-dire des apports en argent ; « que cette première assemblée générale ne peut « donc pas être réunie s'il n'existe pas d'apports en « numéraire. »

Il suit de là que la vérification des apports prescrite par l'art. 4 de la loi de 1867 est matériellement impossible et qu'il n'y a pas lieu de convoquer une assemblée contitutive de vérification et d'approbation.

b). Société nouvelle. — Les deux sociétés qui veulent fusionner consentent à se dissoudre et à disparaître pour donner naissance à une société nouvelle, formée de leurs éléments réunis et confondus.

Il y a lieu alors à la rédaction de nouveaux statuts qui devront, autant que possible, se rapprocher de ceux des sociétés disparues. Ces statuts seront nécessairement publiés. Mais comment la société nouvelle sera-t-elle constituée ? Suffira-t-il que des administrateurs et des commissaires aient été nommés par l'assemblée générale des actionnaires et qu'ils aient accepté leurs fonctions, conformément à l'art. 25 de la loi de 1867 ? Ou bien, y aura-t-il lieu de faire application de l'art. 4 de la loi et de convoquer les deux assemblées générales constitutives chargées de vérifier et d'approuver les apports effectués par les deux sociétés ? Nous ne le pensons pas. D'abord, parce qu'on ne peut pas dire qu'il y a véritablement des apports. Les deux sociétés qui fusionnent étaient régulièrement constituées, elles avaient vérifié et approuvé leurs apports respectifs et maintenant il n'y a plus qu'une simple union contractée par elles sur le pied de l'égalité, dans le but de diminuer autant que possible leurs frais généraux. D'autre part, parce que alors même qu'on se trouverait en présence de véritables apports sociaux, il serait moralement, sinon matériellement impossible, de procéder à leur vérification dans les termes de la loi de 1867. Nous nous rappelons, en effet, que l'art. 4 de cette loi après

avoir posé en principe la nécessité de vérifier les apports en nature de toute société qui se constitue, déclare, dans son dernier alinéa, que cette formalité n'est pas applicable au cas où la société bénéficiaire de l'apport est formée entre ceux qui se trouvaient être propriétaires *indivis* de l'apport en question. Le texte de la loi ne parle que de propriétaires indivis et il ne saurait être certainement question d'indivision dans le cas de deux sociétés qui fusionnent. Mais, nous nous sommes déjà demandé (Titre I, Chap. II) si l'exception formulée par le dernier alinéa de l'art. 4, était unique et limitative ou s'il ne fallait y voir qu'un exemple donné d'une règle plus générale. Nous nous bornons ici à rappeler les solutions auxquelles nous sommes précédemment arrivés et nous dirons que l'exception écrite dans la loi ne l'a été qu'à titre d'exemple et qu'il y a lieu d'appliquer la même règle, qu'on se trouve ou non en présence de propriétaires indivis, par cela seul qu'il n'existe pas de souscripteurs en numéraire, intéressés à contester et à vérifier les affirmations des apporteurs en nature.

Il est certain d'ailleurs qu'il faudra observer les autres formalités prescrites pour la constitution des sociétés anonymes. Si donc les statuts n'ont pas désigné les premiers administrateurs et les commissaires, l'assemblée générale, composée des actionnaires des deux sociétés fusionnées, devra se réunir et procèder à leur nomination. Tous les actionnaires auront accès à cette assemblée générale, chacun prendra part au vote avec le nombre de voix déterminé par les statuts, sans toutefois dépasser le maximum de dix voix (art. 27 loi 1867) (1).

Conformément aux prescriptions des art. 57 et 64 de la loi de 1867, le nouveau capital résultant de la fusion, doit être indiqué dans les nouveaux statuts.

(1) Lyon, 6 février 1868 ; Dalloz, 1868-2-63.

Si le capital de l'une des anciennes sociétés se trouvait, lors de la fusion, diminué par des pertes éprouvées avant la fusion, le nouveau capital devrait en tenir compte pour ne représenter que le capital réel apporté par les deux sociétés, autrement les tiers pourraient se trouver lésés et la responsabilité des administrateurs se trouverait engagée.

c). *Alliance.* — Les deux sociétés continuent d'exister, elles ne sont point dissoutes, leurs conditions d'existence seules se trouvent modifiées.

On a très énergiquement prétendu que ce troisième mode de fusion était incompréhensible ; qu'il était nécessaire pour toute société de se personnifier dans un être moral, ayant une individualité propre et un patrimoine absolument déterminé et qu'on se trouvait ici en présence d'une situation en contradiction avec toutes ces nécessités. M. Vavasseur demande à ce sujet, dans quelle partie du monde on pourra trouver deux fleuves se réunissant sans mélanger leurs eaux, et qui continuent de couler parrallèlement dans le même lit. « Le principe éminemment respectable « de la liberté des conventions, dit-il, sera-t-il assez « puissant pour opérer ce miracle dans le domaine des « matières juridiques ? »

Quoi qu'il en soit, on s'accorde généralement aujourd'hui pour reconnaître la possibilité d'une fusion par alliance. La loi ne contient, en effet, à ce sujet aucune prohibition, la volonté des parties doit donc être souveraine et il n'est nul besoin de s'arrêter devant ce que l'on a appelé les subtilités de la métaphysique judiciaire.

La jurisprudence paraît être favorable à la solution que nous proposons. C'est ainsi que la cour d'Aix (1) a décidé que la fusion intervenue entre deux sociétés et « prévue par les statuts originaires »,

(1) Aix, 5 juillet 1871 ; Dalloz 1873-1-73.

n'entraîne pas légalement la création d'une société nouvelle.

Précèdemment la cour de Paris (1) avait jugé qu'une société, dans laquelle vient se fusionner une autre société, ne forme pas nécessairement une société nouvelle, qu'elle ne continue pas moins de subsister, malgré quelques modifications de peu d'importance, introduites dans les statuts, alors que sa raison sociale, son objet, sa durée et son capital sont restés les mêmes. Il s'agissait dans l'espèce d'une société qui devait faire des opérations immobilières, à Paris, dans le quartier des Champs-Elysées. La société qui venait se joindre à elle était analogue, mais devait opèrer dans le bois de Boulogne. L'union des deux sociétés ne constituait, en somme, que l'augmentation de la circonscription dans laquelle auraient lieu les opérations sociales.

Mais quelles seront les formalités qu'il conviendra d'observer pour la parfaite réalisation de ce troisième mode de fusion? Il y aura d'abord lieu de rédiger un nouveau texte des statuts, en harmonie avec ceux des sociétés fusionnées et qui leur sera désormais commun. Les actionnaires des deux sociétés se réuniront séparément en assemblée générale extraordinaire, pour adopter les modifications des statuts proposées. Ces assemblées ou bien donneront une autorisation préalable à la nouvelle rédaction des statuts, ou bien se borneront à approuver le texte qui aura été adopté par les conseils d'administration des deux sociétés.

La publication des nouveaux statuts devra, bien entendu, avoir lieu dans les formes prescrites par la loi de 1867 pour la modification des statuts nouveaux.

Comme il n'y a pas création d'une société nouvelle,

(1) Paris, 21 août 1860.

il ne saurait être question de vérification d'apports par l'assemblée d'actionnaires. Le capital social, après la fusion, est formé par le capital réuni des deux sociétés. Mais il faudra n'exprimer que le capital réel, justifié par les inventaires que les sociétés ne manqueront pas de faire, avant de contracter le traité d'union. Si cette précaution n'était pas prise, les tiers lésés par cette réticence, pourraient se retourner contre les administrateurs par la voie de l'action en responsabilité.

3° Du droit d'action des actionnaires

Nous savons que les administrateurs et les commissaires sont responsables envers la société ou envers les tiers comme l'indique du reste expressément l'art. 44 de la loi de 1867.

Quand il s'agit d'une action en responsabilité appartenant à des tiers, il est certain que chacun peut l'exercer ou y renoncer à son gré. On assimile aux tiers les actionnaires qui ont à se plaindre d'un préjudice personnel. Tel est le cas de ceux qui ont acheté des actions à la suite de faux rapports et de faux bilans que les administrateurs ont présentés en assemblée générale et sur la foi desquels ont été distribués des dividendes fictifs. Ils agissent alors, non pas en vertu de l'action de mandat, mais en conséquence d'un quasi délit dont ils ont été victimes, à leur rentrée dans la société. On peut dire, qu'il y a autant d'actions en responsabilité que d'actionnaires lésés.

Dans aucune de ces deux catégories d'hypothèses, la société ne saurait agir. Il ne s'agit point, en effet, de l'exercice d'une action sociale, mais d'une action personnelle, individuelle, qui prend exclusivement sa source dans l'art. 1383 du Code Civil. C'est là une remarque importante, s'il arrive que la société, représentée par l'assemblée générale des actionnaires, ait

consenti une transaction avec les administrateurs en faute. Les acheteurs d'actions se trouvent réunir en leur personne la double qualité d'associé et de tiers ; ils sont traités différemment, selon qu'ils invoquent l'un ou l'autre de ces titres. Comme associé, demandant aux administrateurs et aux commissaires réparation des torts qu'ils ont causés à la société dans l'exécution de leur mandat, ils exercent une action sociale et se trouvent par suite engagés par la transaction intervenue. Mais, comme tiers, ayant subi un préjudice personnel, causé par des rapports et des bilans mensongers, l'action qu'ils peuvent exercer ne saurait être entravée par le vote de l'assemblée générale. C'est dans ce sens que la cour de Cassation, précisant les conditions de l'exercice de l'action individuelle, réservée aux actionnaires, a décidé que ceux-ci ne seraient recevables à agir en responsabilité, qu'à la charge de démontrer que les fautes imputées aux administrateurs ont eu une influence préjudicielle notamment sur leur entrée dans la société lors de l'achat de leurs actions (1). En un mot, il faut qu'il y ait corrélation entre le préjudice éprouvé et la cause invoquée par le demandeur en dommages-intérêts.

Quand la société a subi un dommage, l'action qui lui appartient et que l'on appelle action sociale, est régulièrement exercée soit par les administrateurs, soit par la personne spécialement désignée à cet effet. L'assemblée générale des actionnaires est souveraine à ce sujet, c'est elle qui décidera si l'action sociale doit ou non être exercée.

L'action sociale en responsabilité peut-elle être exercée contre les administrateurs de la société par un ou plusieurs actionnaires agissant individuellement. On l'a contesté en disant que les adminis-

(1) Cassation, 3 décembre 1883 ; Sirey, 1885-1-97, et 5 mai 1890 ; Sirey, 1893-1-89.

trateurs sont les mandataires de l'ensemble des actionnaires, qui les nomment à la majorité et non pas les mandataires de chaque actionnaire pris individuellement. Chacun d'eux ne peut donc pas se plaindre de la mauvaise exécution d'un mandat qu'il n'a pas donné ; ce serait, d'ailleurs, conduire à une multiplicité d'actions diverses donnant lieu à des procès sans nombre. Mais la jurisprudence s'est prononcée pour la solution contraire. Elle reconnait le droit pour chaque actionnaire d'exercer l'action sociale en responsabilité contre les administrateurs, si la société reste inactive, car, dit-elle, ce n'est pas seulement la société, personne morale, qui a souffert un préjudice, mais aussi chacun des actionnaires. C'est en un mot la consécration de l'action *mandati* dont parle l'art 1992 du Code Civil, qui permet d'atteindre d'une façon générale la responsabilité des mandataires (1).

Toutefois, dit la jurisprudence, cette initiative individuelle ne serait plus admise si l'assemblée générale, dans la plénitude de son droit, avait transigé sur l'action, ou y avait renoncé, même en cours d'instance, ou quand les faits dont il s'agit se trouvent couverts par une approbation régulière des comptes. Toutefois, les pouvoirs de l'assemblée générale ne sont pas ici absolus. Lorsque les administrateurs sont poursuivis en responsabilité par des actionnaires à l'occasion de simples fautes de gestion, les juges du fait peuvent déclarer souverainement que les faits incriminés ont été connus et absous par l'assemblée générale (2). Mais la majorité serait sans pouvoir sur l'action sociale, s'il s'agissait de la responsabilité encourue pour *violation de la loi ou des statuts.* Il ne saurait appartenir à la majorité des actionnaires d'autoriser les administrateurs à se mettre, par une

(1) Cassation, 3 décembre 1883 ; Dalloz 1884-1-339.
(2) Cassation 8 mars 1892. Rev. des Soc. 1892, p. 233.

violation de ce genre, au-dessus de la loi et des statuts. Chaque associé n'a consenti à annihiler sa personnalité qu'à la condition de ne pas être mis ainsi à la discrétion de la majorité. Aussi, à défaut de réclamations formées au nom de la société, chaque actionnaire a-t-il le droit d'agir sans qu'on puisse lui opposer une décision de l'assemblée générale (1).

Souvent il est stipulé dans les statuts ou bien que les actionnaires ne pourront exercer les actions en responsabilité qu'après avoir requis l'avis de l'assemblée générale, ou bien même que l'exercice de ces actions sera subordonné à l'autorisation de cette assemblée. La première de ces clauses est certainement valable ; elle soumet le droit des actionnaires à une simple formalité, mais ne la supprime pas (2). Mais on a nié la validité de la seconde de ces clauses parce qu'elle supprime, en réalité, le droit individuel des actionnaires. Nous croyons cependant, avec la jurisprudence de la cour de Cassation, que cette seconde clause bien que rigoureuse et un peu arbitraire, doit être admise sans restriction. Sans doute, les droits individuels des actionnaires pourront être ainsi lésés, mais on ne saurait, sans une disposition formelle de la loi, apporter une limite à la liberté absolue des conventions.

Lorsqu'il surgit un procès entre les actionnaires d'un côté, les administrateurs ou les commissaires de l'autre, l'art.17 de la loi de 1867, concède aux actionnaires une précieuse faveur, en leur permettant de se faire représenter devant les tribunaux par des mandataires, pourvu qu'ils possèdent ensemble le vingtième, au moins, du capital social. C'est une dérogation à la règle générale que : *Nul ne plaide en France par procureur,* à défaut de laquelle il aurait fallu que les actionnaires figurassent en nom, alors même

(1) Dalloz. 1853-1-44 ; 1877-1- 201.
(2) Paris, 19 avril 1892 ; Sirey 1876-2-112.

qu'ils auraient un mandataire commun, et que tous les actes de procédure fussent signifiés à la personne et domicile de chacun d'eux. Cette dérogation doit être restreinte au seul cas prévu par l'art. 17, c'est-à-dire au procès soutenu par les actionnaires dans un intérêt commun, soit comme demandeur, soit comme défendeur : 1° contre les administrateurs ; 2° contre les commissaires.

Elle ne saurait donc être étendue ni aux actions intentées contre la société, ni aux procès entre les actionnaires eux-mêmes (1). On décide généralement qu'une telle extension ne saurait être valablement stipulée par les statuts et il a été même jugé que l'art. 17 n'était pas applicable aux sociétés civiles à forme anonyme (Tribunal de la Seine, 8 avril 1886).

Les actionnaires peuvent s'unir, soit en assemblées générales, soit par groupes, sur la convocation des plus diligents d'entre eux. Ceux qui veulent être représentés par des mandataires donneront leur adhésion, les autres resteront en dehors du procès. Le mandataire *ad litem* peut être choisi en dehors de la société ; il sera nommé à la majorité des voix des membres qui ont adhéré à la proposition d'intenter ou de soutenir le procès. La loi de 1856 portait qu'en cas d'obstacles, le mandataire serait nommé par le tribunal de commerce (2). L'art. 17 ne reproduit pas cette disposition et le désacord survenu pour la nomination du mandataire resterait sans issue.

La jurisprudence déclare que la faveur accordée aux actionnaires par l'art. 17 peut être encore exercée

(1) Il en serait de même de l'action sociale que des actionnaires voudraient exercer contre des tiers ; l'art. 17 ne saurait être invoqué par les demandeurs puisqu'il ne contient aucune clause qui leur confère un pareil droit. Les administrateurs de la société ont seuls qualité pour intenter des procès contre des tiers ; permettre le contraire ce serait permettre aux actionnaires de s'immiscer dans les opérations sociales et d'entraver l'administration régulière de la société (Tribunal de Commerce de la Seine, 22 avril 1893. Rev. des Soc. 1893, Août, p.394).

(2) Dalloz 1860-3-64.

après la dissolution de la société et pendant sa liquidation. Il est en effet admis que la société est censée se survivre à elle-même, à l'état d'être moral, jusqu'à la fin de la liquidation (1).

Le mandat *ad litem* donné par les actionnaires conformément à l'art. 17, est un mandat spécial, dont les effets doivent se restreindre à l'instance en vue de laquelle il a été conféré. Le mandataire désigné trouve certes dans son mandat le pouvoir nécessaire pour se substituer à ses mandants au cours de l'instance dans tout ce qui peut être considéré comme une suite naturelle de l'action intentée. Il peut notamment recevoir la signification du jugement ou de l'arrêt rendu (2) et, comme on l'a jugé, inscrire l'hypothèque judiciaire qui résulte du jugement ou de l'arrêt (3). Mais ces pouvoirs ne peuvent aller jusqu'à lui conférer le droit d'accomplir des actes qui n'ont plus aucun lien direct ni nécessaire avec l'instance suivie. C'est ainsi qu'il ne pourrait pas donner mainlevée de l'hypothèque judiciaire qu'il a inscrite, ni consentir à la radiation de l'inscription prise pour sûreté de cette hypothèque (3). D'ailleurs, l'art. 17 n'a pas entendu modifier les règles du droit commun qui rendent les mandants responsables des fautes commises par leurs mandataires au préjudice des personnes avec lesquelles le procès est engagé, d'où il suit que les actionnaires mandants peuvent être solidairement condamnés à la réparation du préjudice causé par des imputations excessives, dirigées par le mandataire contre le gérant d'une société (4).

La représentation par mandataires est facultative et non obligatoire pour les actionnaires. L'art. 17 réserve en effet, pour chaque actionnaire, le droit d'in-

(1) Lyon, 24 Décembre 1881.
(2) Cassation, 28 Décembre 1886. Sirey, 1890. 1. 157.
(3) Rennes, 14 Février 1892. Sirey, 1893. 2. 60.
(4) Cassation; 15 Février 1889. Dalloz, 1890. 1. 471.

tenter les procès de responsabilité en son non personnel, et cela suffit pour démontrer que la représentation admise est une faveur qui ne saurait être rétorquée contre ceux auxquels on l'accorde.

Les actionnaires qui ne représenteraient pas le vingtième du capital social auront néammoins la faculté de se concerter et d'agir collectivement en justice. Ils devront alors, pour agir à frais communs et sous une direction spéciale, se constituer en une société civile. La règle que nul en France ne plaide par procureur ne saurait être opposée à cette société, pourvu qu'elle se soit conformée aux règles de procédure édictées pour la validité des assignations. Il faut alors que les noms de tous les actionnaires figurent dans les actes de procédure et dans le dispositif des jugements et arrêts (1). Mais l'existence de la société ne saurait priver les actionnaires du droit absolu qu'ils ont d'agir individuellement (2).

Pour résumer les explications que nous venons de donner sur l'action individuelle des actionnaires et sur l'action sociale nous pouvons dire que :

Les actions individuelles ne sauraient être valablement exercées au moyen de la représentation judiciaire créée par la loi de 1867. Mais rien n'empêcherait les actionnaires de se réunir en sociétés civiles, selon le procédé que nous avons indiqué.

Quant à l'action sociale elle a, pour se produire, le choix entre trois modes distincts : la représentation du vingtième du capital social par un mandataire *ad litem* ; la constitution d'une société civile entre les intéressés ne réunissant pas ce vingtième ; enfin l'initiative individuelle, réservée par l'art 17, dans son dernier alinéa.

N. B. — Lorsque la société est en liquidation, l'action sociale est exercée par le liquidateur, représen-

(1) Cassation, 26 Mars 1878, Dalloz, 1878. 1. 303.
(2) Paris, 24 Février 1875, Dalloz, 1876. 2. 185.

tant de la société (1). Les actionnaires pourraient intervenir dans l'instance que le liquidateur a engagée, mais à la condition de payer les frais de leur intervention (2). Si le liquidateur négligeait d'intenter l'action sociale, les intéressés pourraient alors agir, mais en mettant le liquidateur en cause (3).

La jurisprudence décide que les actionnaires ne seraient pas recevables à demander la mise en faillite de la société (4). Mais, la faillite prononcée, la jurisprudence paraît décider que le syndic a seul, à l'exclusion des créanciers et des actionnaires, l'exercice de l'action sociale. On invoque à l'appui de cette prétention, les termes de l'art. 445 du code de Commerce (5). Toutefois une distinction nous paraît s'imposer ; le syndic représente nécessairement la masse des créanciers qui seront par suite incapables d'agir. Mais il n'en est pas de même des actionnaires ; ceux-ci conservent le droit, en cas d'inaction du syndic, d'exercer l'action sociale, non pas sans doute au nom de la masse, mais dans leur intérêt personnel et à leurs risques et périls (6).

(1) Bordeaux, 24 mai 1886, Dalloz 1887-2-115.
(2) Paris, 20 juillet 1888. Revue des soc. 1888 p. 525.
(3) Paris, 6 juillet 1889. Revue des soc. 1890 p. 130.
(4) Rouen, 26 mai 1884, Revue des soc. 1885 p. 28
(5) Dalloz, 1875-1-413 et 1886-2-25.
(6) Dalloz, 1885-2-18 et 1887-2-115.

TABLE DES MATIÈRES

DU DROIT FRANÇAIS

DES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES DANS LES SOCIÉTÉS ANONYMES

TITRE I

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES SUR LES ASSEMBLÉES D'ACTIONNAIRES

Pages

1° Diverses classes d'assemblées d'actionnaires 1
2° Assemblées constitutives, A. composition, B. votation 2
3° Assemblées ordinaires, A. composition, B. votation .. 3
4° Assemblées extraordinaires, A. composition, B. votation 6
5° De la majorité requise. — Majorité fictive 9
6° De quelques exclusions du droit de voter. — Mandataires 12
7° De la convocation des diverses assemblées 16
8° Ordres du jour. — Procès-verbaux. — Bureau 18

TITRE II

DES ASSEMBLÉES CONSTITUTIVES

But et utilité des assemblées constitutives 23
Chap. I. — Vérification des déclarations des fondateurs. 24
Chap. II. — Vérification des apports et des avantages particuliers 30
Chap. III. — Nomination des premiers organes de la société 56
Appendice. — Une question de droit comparé 62

TITRE III

DES ASSEMBLÉES ORDINAIRES

Chap. I. — Vérification et approbation des comptes et inventaires, et du chiffre du dividende proposé 68

Pages

Chap. II. — Approbation de la conversion des actions nominatives en titres au porteur..... 76
Chap. III. — Nomination et révocation des administrateurs et commissaires..... 81

TITRE IV

DES ASSEMBLÉES EXTRAORDINAIRES

Chap. I. — L'assemblée extraordinaire, remplissant les conditions de l'article 31 de la loi de 1867, a-t-elle de plein droit et dans le silence des statuts la faculté de modifier le contrat de société ?..... 88
Chap. II. — Au cas où cette faculté lui est reconnue (à fortiori si les statuts le disent) dans quelle mesure ce pouvoir de modification des statuts peut-il s'exercer ?..... 94

TITRE V

APPENDICE

1° Transformation de la société par augmentation du capital social..... 130
2° Fusion des sociétés..... 136
3° Droit d'action des actionnaires..... 143

POSITIONS

DROIT FRANÇAIS

1° L'individu né en France de parents étrangers qui eux-mêmes y sont nés, ne peut invoquer les dispositions de la loi du 7 février 1851 et réclamer la qualité d'étranger que si, avant la promulgation de la loi du 26 juin 1889, il avait fait ou aurait pu faire usage de la faculté d'option que lui accordait la loi de 1851. A défaut de quoi, la faculté que lui accordait cette dernière loi est demeurée à l'état de simple expectative que la loi de 1889 a pu lui retirer.

2° La réconciliation des époux séparés de corps ne fait pas revivre, *de plein droit*, au profit de celui des époux contre qui le jugement de séparation a été prononcé, les donations qui lui avaient été consenties par contrat de mariage, et dont il avait été privé, en vertu de l'art. 299. Il faut, pour atteindre ce résultat, qu'une convention, constatée conformément à l'art. 1451, ait restauré toutes les conventions matrimoniales.

Il en est autrement des donations consenties durant le mariage, lesquelles revivent de plein droit par l'effet de la réconciliation.

3° L'art. 724 du code civil, oblige l'héritier légitime à acquitter, même au delà des forces héréditaires, les dettes et *charges*. Il faut entendre par ce dernier mot, non pas seulement les frais funéraires, mais encore *les legs*.

4° La faculté stipulée dans le contrat de mariage d'une femme mariée sous le régime dotal, d'aliéner ses immeubles dotaux, n'emporte pas, en principe, le droit de les hypothéquer. Les tribunaux ne pourront reconnaître ce droit que par interprétation du contrat de mariage.

DROIT ROMAIN

1° Dans le droit classique, le titre putatif ne saurait remplacer le titre réel au point de vue de l'usucapion. Toutefois on se contente du titre putatif toutes les fois que l'erreur est plausible, c'est-à-dire n'implique pas une négligence grossière et inexcusable.

2° Lorsque le *tradens* n'est pas propriétaire ou autorisé du propriétaire, le *mutuum* est nul. Toutefois, si l'*accipiens* consomme les deniers de bonne foi, il se trouve affranchi vis-à-vis du propriétaire, mais lié envers le *tradens* qui est désormais investi d'une *condictio*. Celle-ci n'est qu'une *condictio sine causa* et ne résulte pas d'une *reconciliatio mutui*.

3° L'acheteur supporte les risques de la chose vendue, excepté lorsque, la vente étant conditionnelle, la chose périt en totalité *pendente conditione*.

4° L'action *familiæ erciscundæ* ne peut s'exercer qu'une fois relativement à une hérédité, parce que le droit des cohéritiers se trouve épuisé en tant que copropriétaires à titre universel. Il en est autrement de l'action *communi dividundo*.

DROIT COMMERCIAL

1° La loi du 28 Mars 1885 reconnait expressément la validité des marchés à terme. L'exception de jeu établie par l'art. 1965 du code civil ne pourra être soulevée que s'il existe *une preuve écrite* d'une convention d'après laquelle, lors de la conclusion même du marché, les parties ont convenu qu'il n'y aurait jamais livraison de titres, mais bien paiement de différences.

2° Ne tombent pas sous le coup de l'art. 447 du code de Commerce les paiements faits par le failli durant la période suspecte, *mais imposés par autorité de justice*, comme dans le cas d'une saisie-arrêt ou d'une saisie.

3° Les dépenses occasionnées par la relâche d'un navire ne sont pas nécessairement classées comme avaries communes, alors qu'il y a eu, conformément aux art. 400 et 410 du code de Commerce, une délibération de l'équipage portant que la relâche a lieu pour le bien et salut commun du navire et de la cargaison. Il appartient au juge

du fait d'examiner quelles ont été les causes réelles de la relâche.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1° Les membres des deux chambres ne sont pas des mandataires, mais bien des fonctionnaires publics d'un genre spécial, sinon il faudrait admettre la validité du mandat impératif.

2° Le Sénat a le droit d'amender les lois de finances votées par la Chambre des députés.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

1° Les meubles sont régis par la loi du lieu où ils sont situés (statut réel). Pour les biens incorporels (actions, rentes...etc.), la loi de leur situation est celle du domicile du débiteur.

2° Les tribunaux français pourront confier les fonctions de tuteur et de subrogé tuteur d'un mineur français à un étranger. à la condition que ce dernier soit un parent du mineur.

Les tribunaux français ne pourront nommer un tuteur à un mineur étranger que d'une façon provisoire.

3° Quand les époux n'ont pas fixé la loi qui doit régir leur régime matrimonial d'une manière expresse ou tacite, ils seront censés avoir voulu adopter la loi de leur domicile matrimonial. Toutefois s'ils se sont établis à l'étranger, mais en conservant l'esprit de retour pour leur patrie, ils pourront être considérés comme soumis pour leur régime matrimonial à leur loi nationale.

Vu :
Le président de thèse,
Félix Moreau.

Vu :
Pour le doyen,
L'Assesseur,
G. Bry.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur,
Belin.